UNIVERSIDAD DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

LA NATURALEZA HUMANA (PHYSIS) EN EL PLANTEAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO PENAL DE HANS WELZEL: CRÍTICA Y RELECTURA DESDE LEONARDO POLO

Juan Sánchez-Montenegro

Lima, marzo de 2019

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Sánchez, J. (2019). *La naturaleza humana (physis) en el planteamiento filosófico jurídico penal de Hans Welzel: crítica y relectura desde Leonardo Polo* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.

Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

La naturaleza humana (*physis*) en el planteamiento filosófico jurídico penal de Hans Welzel: crítica y relectura desde Leonardo Polo

Tesis para optar por el título de Abogado

Juan Pablo Sánchez Montenegro

Asesor: Paolo Edgardo Tejada Pinto

Lima, marzo 2019

APROBACIÓN

La tesis titulada *"La naturaleza humana (physis) en el planteamiento filosófico jurídico penal de Hans Welzel: crítica y relectura desde Leonardo Polo"*, presentada por el bachiller Juan Pablo Sánchez Montenegro en cumplimiento de los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis, Dr. Paolo Tejada Pinto.

_____

A.M.D.G.

A mis padres

Y a ustedes, por leerla

AGRADECIMIENTOS

A mi papá y mi mamá, por su apoyo y comprensión para conmigo durante todo el tiempo que me he dedicado a la elaboración de esta tesis; a mi asesor, el Dr. Paolo Tejada Pinto, quien aceptó dirigirme en la elaboración de la presente investigación, así como respetar mis propias ideas y apoyarme con su valiosa crítica, sin la cual, no podría haber culminado esta tesis; y a mis amigos Carlos, Daniel, Jorge, José Carlos, Manuel y varios más, por sus valiosas opiniones, comentarios y el ánimo brindado para terminarla.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO 1 3

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO DE HANS WELZEL 3

1.1. Introducción 3

1.1.1. El derecho natural en el pensamiento filosófico de Hans Welzel 4

1.1.2. El derecho natural y su desarrollo histórico 8

1.1.3. El derecho natural y la naturaleza humana 19

1.1.4. La esencia del derecho natural 35

1.1.5. El derecho natural y el *deber ser* trascendente 37

1.1.6. El derecho natural y la importancia de la persona. 38

1.1.7. El derecho natural y su carácter supratemporal 50

1.2. El derecho positivo en el pensamiento filosófico de Hans Welzel 52

1.2.1. El derecho positivo en el pensamiento de Hans Welzel 53

1.3. El derecho natural como orden puramente ideal 70

1.4. El derecho penal en el pensamiento filosófico de Hans Welzel 71

1.4.1. Las funciones del derecho penal 73

CAPÍTULO 2 75

CRÍTICA AL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO DE HANS WELZEL: UNA PROPUESTA DESDE LEONARDO POLO 75

2.1. Introducción 75

2.2. El problema antropológico en el pensamiento filosófico de Hans Welzel 76

2.2.1. La expoliación de la naturaleza humana (*physis*) en el planteamiento filosófico de Hans Welzel 76

2.2.2. Redescubrimiento del sentido realista de la naturaleza humana (*physis*) 77

2.2.3. La naturaleza humana (*physis*), el libre albedrío y la libertad (*ser personal*) 90

2.2.4. La *simetrización* de la libertad y del libre albedrío en el pensamiento filosófico de Hans Welzel 97

2.2.5. La *simetrización* de la *physis* y sus implicancias en la antropología de Hans Welzel 100

2.3. El *deber ser* kantiano y sus implicancias en la antropología de Hans Welzel 109

2.3.1. El *deber ser* y la necesidad de la fuerza como *poder ordenador* 113

2.4. El derecho como instrumento de orden ético - social 117

2.4.1. El derecho penal y la vigencia de la norma como finalidad ético - social 120

2.4.2. La sociedad como presupuesto necesario para la coexistencia de las personas 123

2.5. La imputación kantiana en el derecho penal de Hans Welzel: más *simetrizaciones* 125

CAPÍTULO 3 131

LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) COMO CONTENIDO AXIOLÓGICO OBJETIVO DEL DERECHO PENAL 131

3.1. Introducción 131

3.2. La naturaleza humana (*physis*) y su contenido objetivo 133

3.3. La dignidad de la naturaleza humana (*physis*): sus implicancias ético – sociales para el derecho penal 135

3.3.1. La dignidad de la naturaleza huamana (*physis*) como principio normativo objetivo 137

3.3.2. La fuerza vinculante del derecho natural 146

3.3.3. Permanencia y variaciones históricas en el derecho penal 171

3.4. El caso del derecho penal peruano 179

3.4.1. Los bienes jurídicos en el código penal actual 179

3.4.2. La dignidad de la naturaleza humana (*physis*) como fundamento de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal peruano 184

3.4.3. La dignidad de la naturaleza humana en la interpretación constitucional peruana: confusiones por resolver 185

3.5. La cláusula Nûremberg: afirmación del carácter normativo de la naturaleza humana 194

CONCLUSIONES 199

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 211

INTRODUCCIÓN

La decisión de seleccionar a Hans Welzel para empezar la elaboración de la presente investigación alrededor del tema de la naturaleza humana (*physis*) obedece a un sincero deseo de conocer con mayor profundidad su obra filosófica, especialmente sobre su visión del Derecho Natural presentada principalmente en su *"Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material"*.

La importancia de enfocarnos en el estudio filosófico de Hans Welzel respecto del Derecho Natural, radica en el rol central que tiene todo sistema axiológico dentro de todo ordenamiento jurídico, con especial atención en el Derecho Penal. En consecuencia, toda norma penal que conforma el sistema jurídico penal está embebida de un orden axiológico que subyace a éste y que se traduce en la tipificación de delitos, el cual sería aquello conocido como Derecho Natural.

Sin embargo, las dudas que plantea Welzel a lo largo de toda su obra filosófica relativa al Derecho Natural son si éste es realmente un orden axiológico real o puramente ideal, además de la pregunta sobre si este orden está constituido por los mismos preceptos a lo largo de toda la Historia o no.

Asimismo, el interés por centrar nuestro estudio en la naturaleza humana (*physis*) responde al ánimo por esclarecer este concepto dentro del marco de la Filosofía del Derecho, toda vez que, frecuentemente, este concepto ha sido observado, entendido y, peor aún, utilizado numerosas veces para justificar proyectos políticos y jurídicos muy diversos entre sí, pero que coincidían en un punto en común: la trasgresión de los derechos fundamentales de la persona humana mediante la degradación del derecho en puro poder, así como la instauración de formas falsas de concebirla.

Efectivamente, una de las ideas fundamentales que subyacen a esta investigación es la afirmación de que detrás o antes de toda degradación del derecho en puro poder está la instauración de una forma falsa o inexacta de concebir a la persona. Existiría, pues, una relación de causa – efecto entre ésta y aquella.

Es precisamente esta situación la que nos motivó a buscar en la antropología filosófica realista de Leonardo Polo determinados elementos y recursos teóricos que nos permitan esclarecer el verdadero significado de la naturaleza humana o *physis*, de modo que sea posible proponer una relectura del pensamiento filosófico de Hans Welzel.

De esta manera, hemos organizado la presente investigación en tres capítulos: en el primero, se describirá y analizará el planteamiento filosófico jurídico de Hans Welzel a través de la definición de conceptos fundamentales para nuestro estudio, tales como: derecho natural, derecho positivo, derecho penal, etc.; en el segundo, se describirá y analizará el planteamiento antropológico filosófico de Leonardo Polo, a la luz del cual se construirá una crítica al pensamiento filosófico jurídico de Hans Welzel, con el fin de esclarecer el verdadero significado de la naturaleza humana; y, en el tercero, intentaremos realizar una síntesis de los dos autores, a fin de ofrecer una aproximación a la naturaleza humana y a sus posibles implicancias en el Derecho Penal, en tanto contenido axiológico objetivo del mismo. Finalmente, se presentará las conclusiones a las que ha arribado esta investigación.

CAPÍTULO 1

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO DE HANS WELZEL

1.1.INTRODUCCIÓN

En Hispanoamérica, el jurista alemán Hans Welzel es comúnmente conocido por su Teoría Finalista del Derecho Penal, la cual se ganó un lugar en la historia de la Dogmática Penal moderna por constituir un punto de inflexión luego de un período dominado por el Causalismo Naturalista de Von Liszt y su idea de "imputación según naturaleza" (imputación objetiva)[1], con su propuesta de revalorar la llamada "imputación según la libertad" (imputación subjetiva), introduciendo la idea kantiana de "libertad" y de "acción finalista" del hombre para el análisis de la conducta humana a fin de verificar si esta constituye o no un delito, así como para valorar el grado de culpabilidad que tendría el presunto autor del mismo.

No obstante, la mayor producción intelectual de Welzel se halla en el ámbito de la Filosofía del Derecho, la cual tiene una difusión limitada en el mundo jurídico de Hispanoamérica, dado que mucha de su producción académica aún permanece inédita en lengua alemana, mientras que en nuestro país difícilmente se conoce más allá de su *Manuel de Derecho Penal*, debido a que hay un reduccionismo de su obra al tema del "Finalismo Penal", y a la creencia de que, en vista de la hegemonía del "Funcionalismo Penal" de su discípulo Günther Jakobs, ya no habría nada más que revisar en su obra.

En ese sentido, quizás el mayor aporte de Welzel a la Filosofía del Derecho sea la construcción de un fundamento filosófico basado en su estudio crítico de las ideas de *Derecho*

[1] Corriente filosófico - jurídica penal tributaria de Positivismo Científico que, aunado al Idealismo Filosófico, el Romanticismo Alemán y, particularmente, la llegada del Nacionalsocialismo al poder al mando de Adolfo Hitler derivó inevitablemente en la justificación del uso del Derecho al servicio del poder absoluto con consecuencias catastróficas para la dignidad de la persona humana.

Natural y *naturaleza humana* para sustentar tanto la necesidad de que todo ordenamiento jurídico debe estar orientado por un marco valorativo (*deber ser*) basado en la libertad de la persona, como el *carácter jurídico normativo* del mencionado marco valorativo, el cual constituiría el más importante límite a la arbitrariedad poder.

Así, el principal tema de los estudios filosófico-jurídicos de Welzel es la denuncia contra la visión del positivismo jurídico escindido de todo marco referencial axiológico basado en la libertad humana, la cual permitió la corrupción del Derecho y convertirlo en mero poder para ponerlo al servicio del proyecto de "higiene racial" promovido por el gobierno Nacionalsocialista de Adolfo Hitler[2]. Dicho planteamiento es transversal a su obra, incluyendo a sus escritos de Derecho Penal, y es expuesta fundamentalmente en su libro *"Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material"*, en el que realiza un pormenorizado recuento de la historia de la doctrina filosófica del Derecho Natural, identificando las distintas variantes que ha adoptado. De esta manera, Welzel arribará a la conclusión de que debe prescindir del Derecho Natural y adoptar el *deber ser* kantiano para formular su planteamiento filosófico jurídico.

1.1.1. EL DERECHO NATURAL EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE HANS WELZEL

[2] En ese sentido, durante el Tercer Reich, todo el ordenamiento jurídico había sido configurado para favorecer el "proyecto supremacista ario". Un ejemplo de ello son las *Leyes de Nüremberg* (*Nürnberger Gesetze*), redactadas por el jurista alemán Wilhelm Frick con la anuencia del Comité de Expertos en Temas de Población y Política Racial, entre los que figuraba el genetista y psiquiatra Ernst Rüdin. Asimismo, el ordenamiento jurídico contribuyó a la legitimación formal de toda la institucionalidad estatal encargada de implementar dicho proyecto. En suma, la Biología había penetrado y capturado el Derecho, a tal punto que todas las "fuerzas vitales del pueblo alemán", entre ellas los juristas y filósofos del Derecho, intentaron comprender el Derecho bajo la lógica de las leyes de la Biología Darwinista. En síntesis, podemos afirmar que la *biologización* del Derecho supuso la *biologización* de la persona humana.

Hans Welzel dedicó su obra *"Derecho Natural y Justicia Material"* al estudio minucioso sobre el Derecho Natural, en sus más diversas variantes filosóficas que han surgido a lo largo de la historia, en la que intenta dar respuesta a la pregunta ¿qué tienen en común?

De esta manera, analiza el concepto de "Derecho Natural" bajo una perspectiva histórica, filosófica y jurídica, a partir de la deconstrucción del significado de los dos términos que lo componen: "Derecho" y "Natural", tras lo cual Welzel observa y describe detalladamente todas las corrientes filosóficas que son reconocidas como "Derecho Natural", sea porque la comunidad académica así lo hace, o porque aquellas se reconocen como tales; al cabo de la cual, llega a la conclusión de que mientras que existe una idea permanente de "Derecho", la idea de aquello conocido bajo el concepto de "Natural" es mutable, de acuerdo a la ubicación específica de una comunidad política determinada en el espacio y tiempo histórico.[3] De esta manera,

> *"Si guiándonos por estos interrogantes, se dirige la mirada a la historia tan llena de vicisitudes del Derecho Natural, se echa en seguida de ver que lo permanente no se halla en la segunda, sino en la primera parte de la denominación. La segunda parte, la "naturaleza", lo "natural", se ha mostrado como título común de contenidos los más diversos. Bajo la unidad engañosa de la misma denominación, se oculta lo diverso, opuesto y cambiante. <u>Lo común y permanente siempre es tan sólo la idea del Derecho</u>, que se expresa en la primera parte de la denominación "Derecho natural": se trata de la pregunta jurídica frente al Derecho: es decir, frente a un orden existente socialmente de hecho".*[4]

[3] Luego, demostraremos que la mutabilidad se explica en razón a un divorcio entre la visión de la naturaleza como *physis* y como *nomos,* ocurrida en los primeros tiempos del desarrollo de la doctrina del derecho natural, en la Antigua Grecia.

[4] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Traducción del alemán por Felipe Gonzáez Vicén. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1979. p. 249.

Posteriormente, Welzel contrapone el Derecho Natural y el Derecho Positivo para ahondar más en la esencia y las particularidades de uno y otro; de esta manera, deduce que: *"La idea del estar obligado incondicionalmente es el núcleo y el contenido de verdad permanente del Derecho Natural"*[5]. A diferencia del Derecho Positivo, que puede *no obligar incondicionalmente,* dado que, como explicará el mismo Welzel, su origen reside únicamente en la voluntad de una comunidad política, cuyas preferencias reconocen sólo a las determinaciones histórico – sociales como fuentes de la Ética; la esencia del Derecho Natural es el *obligar incondicionalmente,* y ello es así puesto que admite como origen y fundamento un orden metafísico de donde proviene la Ética, cuya legitimidad y contenido de verdad no depende de la voluntad de la comunidad política.

A partir de esta afirmación, Welzel deduce una segunda idea importante: mientras que un orden jurídico se encuentre asentado en el Derecho Natural -en ese orden metafísico- constituirá genuino Derecho, aquel otro que no se asiente en él es puro mandato de poder:

> *"Se puede entender bajo la denominación de Derecho natural lo que se quiera; en ella va implícita siempre la idea de que <u>el Derecho no es idéntico sin más con el mandato de un poder dado".</u>*[6]

Con ello, Welzel está reafirmando la preeminencia del aspecto sustancial o material de la ley por sobre el aspecto formal de la misma. Por ello, en su libro *"Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico"* subraya la opinión concordante que otros juristas alemanes contemporáneos tenían sobre el tema:

> *"Radbruch, cuyas palabras escritas en 1932 en pro del positivismo jurídico acabamos de mencionar, decía ahora: "La ciencia del derecho debe reflexionar nuevamente sobre*

[5] Ídem. p.250.
[6] Ídem. p.249.

la milenaria sabiduría que afirma que existe un derecho superior a la ley, un derecho natural, un derecho divino, un derecho racional, según el cual la injusticia es siempre injusticia aun cuando se la vacíe en las formas de una ley; un derecho ante el cual el fallo pronunciamiento de acuerdo con una ley injusta, no es justo sino injusto.

Igualmente, el germanista Mitteis, declaraba que el derecho natural es el único verdaderamente válido, y que el derecho positivo tiene, a diferencia de aquél, una validez derivada y provisoria. El derecho positivo (...). Tiene por lo tanto que retroceder cuando no responde a las exigencias de la justicia, es decir, del derecho natural. "El derecho natural vence al derecho positivo"[7].

En su propósito de profundizar en una argumentación racional sobre el fundamento de la superioridad del Derecho Natural sobre el Derecho Positivo, Welzel hace suyo el razonamiento del jurista alemán Helmut Coing, quien identifica el contenido del Derecho Natural con principios jurídicos supremos, los cuales gozan de carácter de necesario -son lo que son y no pueden no ser- para que un orden sea reconocido como orden jurídico.

"¿Pero qué es este derecho natural frente al cual es nulo el derecho positivo que lo contradice? El jurista de Frankfurt, Coing, ha emprendido en 1947 con un valor digno de reconocimiento, el intento de una nueva fundamentación del derecho natural. Ha desarrollado una serie de "principios jurídicos supremos" que, según su opinión, deben constituir "el contenido necesario de todo orden jurídico".[8]

De este modo, según Welzel, la esencia del Derecho Natural es la idea de estar obligado incondicionalmente (necesariamente), debido a que comprende una serie de principios jurídicos supremos, toda vez que encuentran su origen y último fundamento en un orden metafísico o

[7] WELZEL, Hans. Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Derecho Natural y Positivismo Jurídico. Universidad Nacional de Córdova. Buenos Aires, 1962. pp. 14-16. El subrayado es nuestro.
[8] Ídem. p.17. El subrayado es nuestro.

"supratemporal", a diferencia del Derecho Positivo. Sin embargo, ello no significa automáticamente la abolición del Derecho Positivo; por el contrario, sólo remarca la necesidad de que todo Derecho Positivo, para ser verdadero Derecho – justo- debe estar arraigado en el Derecho Natural, de donde encontrará todo contenido de Verdad y Justicia.

1.1.2. EL DERECHO NATURAL Y SU DESARROLLO HISTÓRICO

Welzel en su libro *"Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico"* describe el largo desarrollo histórico de la Teoría del Derecho Natural, en el que podemos advertir que hay tres momentos específicos que contribuyeron al desarrollo de la teoría del Derecho Natural: el Aristotélico – Tomístico; el Escotista – Nominalista; y el Hobbesiano, que a continuación describiremos brevemente y que a continuación describiremos.

1.1.2.1.ARISTÓTELES Y TOMÁS DE AQUINO

Hans Welzel observa que la Filosofía Griega clásica, especialmente la de Aristóteles, imprimió la idea de carácter universal y verdadero al Derecho Natural. Posteriormente, reconoce que el cristianismo y la filosofía escolástica, cuyo representante máximo es Santo Tomás de Aquino, tomó las mejores ideas de la filosofía aristotélica para elaborar una síntesis con las ideas filosóficas de la Patrística, a fin de sustentar filosóficamente la doctrina teológica católica. Así lo reconoce cuando escribe:

> *"El derecho natural es el hijo del espíritu griego; éste le dio para siempre los rasgos esenciales. La forma del derecho natural en la cual pensamos por lo general en primer lugar, es decir, el derecho natural idealista, es el producto de las ideas platónicas y de la teoría aristotélica de la entelequia. En ambas teorías tiene lo general una clara*

preeminencia sobre lo particular. Ideas o formas inmutables configuran el verdadero ser mientras que lo particular y único, es sólo un fenómeno fugaz y pasajero que posee el ser en la medida que participa de la forma o idea eterna. La misma relación vale para el derecho. Derecho, en el sentido verdadero y propio, es únicamente el derecho natural. A él se refiere la famosa definición de Aristóteles que afirma que el derecho es aquél que posee en todas partes la misma validez, independientemente del hecho de su reconocimiento. El derecho positivo es, por el contrario, el derecho perecedero, que vale únicamente gracias a la imposición estatal".[9]

Welzel muestra claramente el primer rasgo esencial de todo aquello que puede ser considerado Derecho Natural: la validez universal de éste, independientemente de los diversos contextos sociales y culturales que existen a lo largo de la historia. En este sentido, Welzel recalca esta idea afirmando que la Naturaleza posee un espíritu ahistórico: es decir, que la propia naturaleza -entiéndase ontología- de la Naturaleza es no estar sujeta o determinada por las fuerzas de la historia, las mismas que son de carácter material, como podría señalar la filosofía estructuralista marxista.

"De esta manera, en esta teoría del derecho natural surge de inmediato <u>la preferencia griega por lo universal, lo permanente y lo inmutable y el desprecio por lo particular, único y perecedero</u>. Sólo en un momento aparece en Aristóteles la duda de saber hasta qué punto se puede atribuir al derecho la característica de validez universal: el fuego arde igualmente en Persia que en Atenas pero, ¿se puede decir lo mismo del derecho? Aquí se manifiesta fugazmente la diferencia esencial entre el mundo histórico del espíritu humano y el mundo ahistórico de la naturaleza."[10]

[9] Ídem. p.20.
[10] Ídem. p.21. El subrayado es nuestro.

Por lo tanto, de acuerdo con ello, al no estar la Naturaleza sujeta o determinada por las fuerzas materiales de la historia, es posible inducir que tampoco la Naturaleza posee carácter material. En efecto, es debido a que la Naturaleza no posee carácter material que ello es tal como es. La Naturaleza tiene carácter supratemporal porque es no material o no físico: dicho de otro modo, es espiritual o metafísico.

1.1.2.2.JOHN DUNS SCOTO Y GUILLERMO DE OCKHAM

Luego de observar, describir y analizar la contribución de la tradición aristotélico – tomística a la filosofía del Derecho Natural, Welzel fija su atención en la revisión de la contribución del franciscano John Duns Scoto y de la filosofía nominalista iniciada por Guillermo de Ockham.

Para el jurista alemán, John Duns Scoto representa un punto de quiebre en la historia de la filosofía del Derecho Natural, debido a que introduce una nueva lectura filosófica teológica del Derecho Natural, a partir de su postulado sobre el llamado "principio de consonancia" aplicado al análisis filosófico - teológico de las normas de la segunda tabla del Decálogo: de acuerdo a este principio, los preceptos de "no matarás", "no mentirás", etc. son, en puridad, normas sociales; y sólo el precepto de "amar a Dios" constituye verdaderamente el núcleo del "Derecho Natural" y, por tanto, tiene validez absoluta y universal. Por lo tanto, al ser aquellas "normas sociales", quedan sometidas al principio de consonancia; es decir, la validez de esas normas estará supeditada al hecho de si son o no *consonantes* con el precepto de "amar a Dios", es decir, el único verdadero derecho natural.

> *"Así llegó DUNS a la conclusión de que ningún mandamiento de la segunda tabla, es decir ninguna de las normas sociales del Decálogo pertenece al derecho natural en sentido estricto. Sólo la prohibición de odiar a Dios tiene validez universal absoluta.*

Tienen valor en la medida en que están de acuerdo y "consuenan" con el mandamiento de derecho natural estricto de amar a Dios.[11]

Ante la aplicación del principio de consonancia sobre las normas sociales para evaluar su grado de validez universal, de acuerdo con la lógica escotista, puede ocurrir que distintas normas sociales sean consonantes con el "precepto de amar a Dios", por lo que se hace patente la necesidad de que una voz autorizada decida cuál de ellas es la más justa, conllevando a entender por "justa" como "lo más conveniente", antes que "lo recto". De este modo, Welzel expone que:

> *"DUNS aclara con un ejemplo jurídico este principio de consonancia: la institución de la propiedad colectiva es en sí tan conciliable con la misión de crear la paz jurídica, como la institución de la propiedad privada. Pero si se agrega el amor propio de los hombres que cuida más la propiedad privada que la colectiva, resulta que aquella sirve mejor a la vida en común que ésta última."*[12]

Esa necesidad de la existencia de una autoridad capaz de decidir y establecer cuál es la norma social más conveniente para un grupo humano lleva el germen para el desarrollo de los fundamentos de la teoría filosófica del derecho positivo, la cual, posteriormente, reconocerá en la autoridad política humana, precisamente en el poder político temporal, el origen y la fuente de la legitimidad y validez de toda norma jurídica o Derecho. Así, podemos apreciar el tránsito de la visión del Derecho Natural entendido como orden jurídico de validez universal, en razón de su contenido axiológico intrínseco de origen supratemporal o metafísico, a la de una del Derecho Natural entendido como un *éthos* perteneciente a un grupo social determinado, el cual

[11] Ídem. p.24. El subrayado es nuestro.
[12] Ídem. p.24.

presenta un carácter dinámico y que, a su vez, debe su validez a aquél. El grupo social pasa a ser el protagonista autárquico de su propia historia.

> *"Con este principio de consonancia se creó entre el derecho natural y el derecho positivo una relación completamente diferente de las que hasta entonces eran conocidas en la teoría del derecho natural. Mientras en la anterior teoría del derecho natural, el derecho positivo tenía sólo una función de complementación de aquél dentro de lo éticamente indiferente, ahora se transformaba en un elemento integrante del orden ético. Pues si el derecho natural estricto del amor a Dios puede concordar con diferentes normas sociales – así como un orden social puede adoptar tanto la forma de una economía privada como la de una economía socialista – se necesita una decisión de autoridad para saber cuál de las diferentes formas sociales posibles, en las diferentes circunstancias, es la justa."*[13]

Con ello, Welzel recalca la importancia de los estudios de Duns Scoto en su contribución para establecer los cimientos de la teoría filosófica del derecho positivo y su importancia en la construcción de un nuevo paradigma en la filosofía jurídica moderna: la propuesta de Duns Scoto suponía una nueva forma de relación entre el derecho natural y el derecho positivo, en la cual el derecho positivo constituía *per se* un elemento que participa del orden ético; es decir, que intrínsecamente posee una validez ética propia, dado que proviene de una autoridad que así lo ha decidido, establecido, manda o *puesto*. Al absolutizar únicamente el primer mandamiento del Decálogo, Scoto resta importancia a la necesidad de la existencia de un único orden social recto y válido que sea consonante o compatible con su propuesta de derecho natural, el mismo que se abre a la búsqueda y al diálogo con la particularidad.

[13] Ídem. p.25. El subrayado es nuestro.

Al hacerlo, según Welzel, Scoto flexibiliza la propuesta escolástica de la ética en la doctrina católica y se encuentra con una pluralidad de sistemas de valores y costumbres que adquirirán el mismo valor entre sí, conllevando a la identificación de la ética con el *éthos*, y a una ulterior profundización de la idea de contingencia entre los sistemas éticos, lo cual daría inicio a el largo camino hacia la formación y desarrollo de una visión historicista, culturalista, en un primer momento y, relativista, pluralista y consensualista, en un segundo momento, de la Ética y del Derecho.

> *"En estas reflexiones aparentemente teológicas se abre por primera vez el acceso a un entendimiento legítimo del derecho positivo y establece el punto de partida para una teoría del positivismo. Frente a la exaltación de lo universal de la teoría idealista del derecho natural, Duns luchó por el derecho de lo particular, de lo individual y de lo histórico y descubrió a contingencia de los contenidos éticos, es decir, la imposibilidad de su deducción racional a partir de conceptos esenciales universales y su condicionalidad histórica."*[14]

Siguiendo el razonamiento de Welzel podríamos colegir que, a partir de Duns Scoto, se abre paso al inicio del germen del historicismo y del relativismo ético. Ese camino se profundizaría con el nominalismo de Guillermo de Ockham, quien fue el verdadero autor de una época de transición en la historia de los estudios del derecho natural hacia el desarrollo del positivismo, la misma que estaba caracterizada por el progresivo abandono del ámbito teológico filosófico (escolástica tomística) hacia el ámbito filosófico político (empirismo de Hobbes), lo cual marcaría el inicio de la modernidad.

Así, Welzel nos muestra que, gracias a Guillermo de Ockham, el llamado "principio de Contingencia" extendió su aplicación hacia el único mandamiento de Decálogo que Duns Scoto

[14] Ídem. p.25.

consideraba como único y genuino derecho natural: amar a Dios. Como consecuencia, Ockham radicalizó el sentido de la condicionalidad histórica del contenido de las normas al propio mandamiento de amar a Dios.

> *"Esta concepción adquirió aún mayor importancia en la filosofía escolástica posterior, en el nominalismo. Un hermano de orden, más joven que Duns, Guillermo de Ockham, extendió la contingencia, es decir, la condicionalidad histórica del contenido de las normas, al mandamiento del amor de Dios y enseñó que aún aquí, en casos singulares, Dios mismo podía hacer una excepción."*[15]

De esta manera, con Guillermo de Ockham el Derecho Natural adquiere un cariz mucho más particularista. En efecto, el nominalismo de Ockham cuestiona la existencia de los universales tal como lo había postulado la escolástica y, subsecuentemente, por primera vez, diluye todo contenido con carácter de permanente propio del Derecho Natural. Sin embargo, la fundamentación de Ockham sigue siendo principalmente teológica - filosófica.

1.1.2.3.THOMAS HOBBES

Será con Thomas Hobbes el momento en el cual el Derecho Natural adquiere un cariz más moderno, particularista e historicista; por tanto, fundamentado principalmente en una teoría política secularizada, a la luz de la cual, el derecho natural ha sido reemplazado por "el estado de naturaleza", definida en términos empiristas, y sobre el cual recae una visión pesimista sobre el hombre (*homo homini lupus*) y el mundo (el *caos*).

De este modo, si bien Welzel no lo afirma explícitamente, permite observar que Hobbes asume al derecho natural como "estado de naturaleza", en donde lo único constante es la guerra

[15] Ídem. p.26.

y el caos; por lo que, para hacer frente a este panorama desolador, se hace necesaria la creación de una autoridad (el Estado o Leviatán) encargada de dictar una serie de normas a los individuos para protegerlos de ellos mismos. Dichas normas tendrán validez no porque en sí mismas tengan algún valor de justicia, sino en razón de la autoridad formal que las *dio* siguiendo criterios de decisión, según la condicionalidad histórica de un determinado momento. He aquí el nacimiento de la teoría moderna del derecho positivo.

> *"Tomás Hobbes -perfecto pensador de la época moderna (es decir, no escolástico) es, sin embargo, al mismo tiempo quién completa el nominalismo – trasladó esta problemática, hasta entonces teológica, al campo del Estado. Su teoría del Estado contiene todos los elementos esenciales para una teoría del positivismo y algunos puntos de vista importantes para la delimitación del campo legítimo de aquél."*[16]

Como es posible observar, la teoría moderna del derecho positivo reconoce la posibilidad y necesidad de la existencia de un derecho positivo como elemento constitutivo de todo orden real humano, entendiendo siempre "la realidad" bajo un esquema empirista, como "aquellas sensaciones que pueden ser percibidas por los sentidos externos".[17] A diferencia del esquema clásico en donde el derecho positivo juega un rol de complementariedad respecto al derecho natural, en la visión moderna de Hobbes, el derecho positivo adquiere autonomía respecto al derecho natural y llega a ser un elemento constitutivo de todo orden "real". Por lo tanto, el derecho positivo brinda a la sociedad esa seguridad y especificidad – es *concreto*, en palabras de Welzel – dado a que no proviene de un orden metafísico, sino porque proviene de una decisión de un ente precisamente "físico": la autoridad política o el soberano.

---

[16] Ídem. p.26. El subrayado es nuestro.
[17] Recordemos que Thomas Hobbes toma muchas ideas de David Hume, padre del Empirismo Inglés, para elaborar su teoría política.

Ahora bien, en palabras de Welzel, Hobbes "*Muestra con gran claridad los dos fundamentos decisivos que hacen del derecho positivo no un mero agregado del derecho natural sino un presupuesto constitutivo de todo orden real en el mundo humano."*[18] Efectivamente, estos dos fundamentos son: la contingencia *escotista* y la dinámica de la naturaleza humana.

En cuanto al argumento de la contingencia escotista, Hobbes hace suya la idea de la imposibilidad de deducción racional del contenido ético de las normas: las normas intrínsecamente no poseen ningún valor ético, el valor ético o validez de éstas está en función de la legitimidad y el poder de la autoridad que la sancionó:

> *"El primer fundamento es el de la contingencia descubierta por DUNS, es decir la imposibilidad de deducción racional del contenido ético de las normas. (...) Las más sangrientas enemistades no surgen de la lucha por lo mío y lo tuyo, por la posesión exterior, sino por el concepto de lo bueno y lo malo, es decir por concepciones éticas fundamentales o, -expresado en términos modernos – por "concepciones del mundo".*[19]

Ante esta situación, la pérdida de seguridad producida por efecto de la contingencia e*scotista*, al cuestionar la existencia de una ética universalmente válida y susceptible de ser derivada racionalmente el hombre, es compensada por la existencia de una autoridad suprema artificialmente creada por los propios hombres, la cual establece, mediante *su poder*, una serie de criterios de validez para el actuar social capaces de constituir derecho. Es la autoridad, y no la verdad, la que crea la ley.

> *"(...) Pero si el objeto de esta discusión es contingente y no deducible de una manera racional estricta de los principios de la razón es necesario, si se quiere superar la lucha*

[18] Ídem. p.26.
[19] Ídem. pp. 26 – 27. El subrayado es nuestro.

de todos contra todos y crear un orden pacífico, establecer una instancia suprema que decida autoritariamente acerca de los criterios que deban tener validez en el actuar social y que deban ser derecho. La contingencia de los contenidos éticos hace necesario una decisión positiva con respecto a las normas sociales dentro de una comunidad. Auctoritas, non veritas facit legem!"[20]

A esta pérdida de seguridad se le agrega el desarrollo de una antropología filosófica pesimista: Welzel no llega a afirmar qué tipo de relación existe entre estos dos factores, pero las siguientes líneas permiten apreciar que verdaderamente, para Hobbes, el acento recae sobre la concepción pesimista del hombre: el hombre se encuentra realmente imposibilitado para comportarse rectamente conforme a Derecho, pues su naturaleza sobrepasa su propia voluntad. Por ello, la existencia o no de una ética universalmente válida no genera un cambio relevante en el comportamiento humano, sino la existencia de un mecanismo de poder y fuerza, es decir, político – coercitivo, que asegure efectivamente el cumplimiento irrestricto de la ley emanada de la autoridad considerada legítima.

"A esto se agrega como segundo fundamento la dinámica de la naturaleza humana. Todas las teorías idealistas del derecho natural parten expresa o tácitamente de una concepción optimista del hombre. El hombre es, según la muy citada de ARISTÓTELES, un ser social (un animal racional y social). Lleva en sí mismo por su propia "naturaleza", el impulso a la comunidad con los otros hombres. Las leyes de su razón sólo completan lo que la naturaleza de por sí exige. (...) Ya DUNS había roto la vinculación entre la conformación natural del hombre y las normas éticas. Posteriormente, en el nominalismo y sobre todo en el pensamiento de la reforma, se oscureció cada vez más la concepción del hombre hasta que en HOBBES adquirió los

[20] Ídem. pp. 27 – 28. El subrayado es nuestro.

siniestros rasgos de un ser instintivo, peligroso, destructor, de un lobo. ¡Homo hominis lupus! Para un ser de este tipo ya no es suficiente un orden ideal racional que simplemente completa aquello a que aspira su naturaleza, sino que se necesita un orden real que con poder y fuerza contenga sus impulsos peligrosos y destructores. El derecho tiene que ser un orden real y efectivo."[21]

En suma, el gran aporte de Thomas Hobbes no fue precisamente contribuir al desarrollo del Derecho Natural (por lo menos, no directamente), sino haber coadyuvado a que las siguientes cuatro generaciones de juristas adopten el paradigma del derecho positivo. De este modo, su principal contribución fue que, a partir de una antropología filosófica de corte pesimista y empirista, supo socavar los clásicos fundamentos filosófico – teológicos del Derecho Natural para construir toda una teoría política que justifica el surgimiento y existencia del "derecho positivo" como instrumento político para la creación de orden y paz social, al servicio del Estado encarnado en la figura del príncipe soberano. En palabras de Welzel sobre el sistema filosófico hobbesiano: *el derecho es esencialmente un orden configurador de la realidad* pues posee *fuerza creadora*.[22] Ergo, el Derecho ordena (crea orden en) una realidad que ya de por sí es caótica.

Por último, Welzel encuentra en Hobbes *"la justificación más profunda que se haya hecho del derecho positivo"*.[23] Precisamente, constituye la más importante justificación iusnaturalista del derecho positivo sobre la cual debe asentarse toda teoría moderna que intente fundamentar el derecho positivo.

Por lo tanto, reformulando las ideas expuestas en el párrafo anterior, podemos afirmar que Hobbes sí contribuyó a la doctrina del Derecho Natural: aunque no profundizó en su

[21] Ídem. pp. 28-29. El subrayado es nuestro.
[22] Ídem. p.29.
[23] Ídem. p.29.

estudio, sí hizo uso de la perspectiva iusnaturalista para fundamentar su teoría política, dentro de la que se enmarca su fundamentación del derecho positivo. Quizá con ello, no sólo realizó una suerte de "criogenia intelectual" con la doctrina del derecho natural, sino que amplió y enriqueció su utilización en nuevas áreas de estudio de la Filosofía del Derecho, muy distintas a las clásicas, llegando a vincularla con la nueva teoría del derecho positivo bajo una nueva óptica, caracterizada por una nueva forma de complementariedad entre derecho natural y derecho positivo que se mantiene hasta nuestros días.

1.1.3. EL DERECHO NATURAL Y LA NATURALEZA HUMANA

Prosiguiendo con el siguiente nivel de análisis de la obra de Welzel, comprendemos que la clave más importante para definir y comprender el contenido ético o axiológico del Derecho Natural reside en la llamada "naturaleza"; en particular, en la "naturaleza humana" o "naturaleza de la persona humana", la cual es objeto de estudio de otro campo de la filosofía: la Antropología Filosófica. Así, los primeros filósofos que se dedicaron a aproximarse en el conocimiento racional de la naturaleza humana fueron los antiguos griegos, cuya tradición fue recogida y perfeccionada por la Escolástica de Santo Tomás de Aquino, la misma que permitió la elaboración de una filosofía que armonizara fe y razón, admitiendo la posibilidad de la existencia de un Ser Supremo y de su conocimiento a través de la razón, por parte del hombre.

> *"Los contenidos vinculantes, creyó la doctrina del Derecho natural que podía extraerlos de la "naturaleza" y aquí es donde entra en función la segunda parte de su nombre. El método según el cual tiene lugar la deducción de los contenidos vinculantes desde la naturaleza ha sido trazado de modo paradigmático por Aristóteles, de una vez y para siempre: <u>lo concorde con la naturaleza ha de verse en las cosas que se</u>*

encuentran en su estado mejor – en una situación "conforme a la naturaleza"-, no en aquellas cosas corrompidas"[24].

De esta manera, para la tradición aristotélico – tomística la naturaleza de las cosas es identificable con el ser inmutable de las mismas; un ser permanente más allá de toda circunstancia contingente histórico – social en la cual se enmarca. En ese sentido, la naturaleza es concebida como el mejor estado de las cosas; en oposición al peor estado de corrupción de las cosas.

Es importante señalar que Hans Welzel reconoce que el cristianismo introdujo un cambio sustancial en la manera enfocar el derecho natural desde la filosofía, destacando lo particular e histórico, aunque sin olvidar el trasfondo heredado de la filosofía griega antigua.

> *"Cuando apareció el cristianismo con una nueva y* positiva *concepción, tuvo que producirse un cambio fundamental en la actitud frente al individuo y a lo históricamente único. El cristianismo no se refería a ideas universales sino a almas individuales; la salvación de estas últimas estaba incluida en el proceso histórico del género humano que se extiende desde la creación y el pecado original de Adán, pasando por la redención de Cristo, hasta el juicio final."*[25]

Ahora bien, conviene remarcar además que Welzel lee y entiende el cristianismo en clave luterana, influenciado por su formación en la Universidad de Jena; es decir, con un énfasis en una visión que concede un rol predominante al individuo y su inmanencia frente a lo universal y trascendente. De ahí quizás se entienda su predilección por autores cristianos que destacan la primacía de lo particular sobre lo universal como Duns Scoto, pero, sobre todo,

[24] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.253. El subrayado es nuestro.
[25] WELZEL, Hans. Más allá del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. Op. Cit. p.21. El subrayado es nuestro.

Guillermo de Ockham. De hecho, cabe señalar que Lutero se apoyó bastante en este último para formular sus postulados teológicos que contravinieron la doctrina católica en el siglo XVI.

En esa misma línea argumentativa, a partir de lo señalado por el propio Welzel, es posible sostener que, con el surgimiento de la escuela franciscana de filosofía, particularmente con su máximo exponente John Duns Scoto, se introducirá la visión proto historicista y proto relativista del Derecho Natural.

> *"Según Santo Tomás, el Decálogo era en su totalidad inmutable y, sin excepción, derecho natural válido. Sin embargo, esta tesis entraba en conflicto con algunos relatos de la Biblia en los cuales evidentemente Dios había permitido en determinados casos, excepciones a la prohibición de matar o al orden de la propiedad o a la forma monogámica del matrimonio. Duns no se conformó con los intentos de armonización que había emprendido Santo Tomás sino que demostró que estos relatos eran inconciliables con la aceptación de un derecho natural inmutable y válido sin excepción alguna y que por consiguiente, Dios había permitido en ciertos casos, verdaderas excepciones a los mandamientos del Decálogo."*[26]

Como puede apreciarse, Duns Scoto empieza a cuestionar uno de los dos pilares del fundamento racional del Derecho Natural vigente hasta Santo Tomás de Aquino: la teología católica. Con ello, quitaba la roca sólida en la que se afirmaba la ética y la axiología de toda comunidad humana y la dejaba sometida a los caprichos de las fuerzas sociales que se desenvuelven en cualquier espacio-tiempo. De aquí en adelante, se iniciaría el largo desarrollo filosófico intelectual que concibe a la ética como producto dinámico e inacabado de una determinada convivencia social, a partir del desarrollo de la filosofía nominalista y luego, del relativismo.

[26] Ídem. pp.23-24. El subrayado es nuestro.

Welzel tampoco es ajeno a esta discusión filosófica y por ello adopta una postura frente a ella, la cual consiste en dar por sentado la imposibilidad de deducir racionalmente los contenidos axiológicos desde la propia "naturaleza de las cosas", pues esta es incognoscible para la razón y el entendimiento humano.

> *"El círculo vicioso propio de este método salta a la vista: antes de comprobar lo que es "conforme" o "contrario" a la naturaleza, tenemos que saber cuál es el estado mejor o el estado corrompido de una cosa; es decir, que <u>no nos es posible deducir lo "bueno" o lo "malo" de lo "conforme" o de lo "contrario" a la naturaleza.</u> En realidad, se trata del camino inverso: las ideas de valor que los iusnaturalistas han puesto en las cosas es justamente lo que extraen después como lo "natural" o "antinatural"."*[27]

Por tanto, para Welzel, si bien la naturaleza o la naturaleza humana son conceptos carentes de sentido *in se*, no por ello dejan de ser fundamentales para su pensamiento filosófico iusnaturalista, razón por la cual reconoce la necesidad de dotarles de contenido y, al hacerlo, desarrollar una visión que las eleve y asuma como "supratemporales" pues Welzel remarca mucho en la necesidad humana de dotar de significado a la existencia misma. Si conocer "lo conforme a la naturaleza" resulta inaccesible para la existencia humana, Welzel afirma que debe atribuirse cualidades a ello para construirlo y luego utilizarlo como medida de toda conducta humana. De esta forma, en el sistema filosófico de Welzel, paradójicamente *"lo conforme a la naturaleza humana"* es una construcción *artificial* del hombre.

Sobre esta y otras ideas de Hans Welzel volveremos a referirnos más adelante en nuestra investigación. Por lo pronto, Welzel ha sustentado la necesidad de un contenido ético para el Derecho, enmarcado, a su vez, en una realidad histórica concreta.

---

[27] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.253. El subrayado es nuestro.

1.1.3.1.LA NATURALEZA HUMANA COMO *PHYSIS* Y SU RELACIÓN CON EL *NOMOS*: ANTECEDENTES HASTA LA SOFÍSTICA GRIEGA

Ahora bien, es importante destacar que Welzel realiza un pormenorizado relato sobre la naturaleza humana, en tanto fuente del Derecho Natural, y nos demuestra cómo ha sido entendido por las distintas "antropologías filosóficas" a lo largo de la historia de la doctrina del derecho natural. En ese sentido, nuevamente influenciado por su formación luterana en la Universidad de Jena, comenta el divorcio entre la conducta humana y el orden natural, idea muy presente en la doctrina del derecho natural vigente en ese entonces.

> *En la idea de un Derecho "natural", la regulación humana de la conducta y el orden natural aparecen radicalmente separados. Aquella no se deriva "orgánicamente" de este, sino que ambos son tenidos como dos polos distintos, e incluso como una contradicción.*[28]

Rápidamente, podemos notar que en la idea predominante en la doctrina del derecho natural en boga en aquella época presentaba una oposición entre conducta o naturaleza humana [el *ser*], y el orden natural [el *deber ser*], idea que fue asumida posteriormente por Hans Welzel. Al respecto, Welzel plantea y llega a demostrar que dicha visión surgió a partir de la época de los sofistas y aún perdura en la doctrina del derecho natural.

> *La idea del Derecho natural sólo pudo desarrollarse en una época de crisis, en la que se había resquebrajado la unidad del mundo del espíritu y en la que se había quebrantado tanto la fe religiosa tradicional como el orden político: en la época de la Ilustración griega, hacia mediados del siglo V antes de Jesucristo, en la época de la sofística.*[29]

---

[28] Ídem. p.3. El subrayado es nuestro.
[29] Ídem. p.3.

Con todo ello, Welzel prosigue su estudio del derecho natural identificando el orden o ley natural [*el deber ser*] con el *nomos*, y la naturaleza humana [*ser*] con la *physis*, ambos conceptos griegos que fueron ampliamente abordados por la Filosofía Griega, destacando que, hasta antes de la época de la sofística, ambos constituían una unidad esencial que no presentaba alguna oposición intrínseca: es decir, el *ser* era expresión pura del *deber ser*, lo cual permitía traslucir una antropología optimista, toda vez que el hombre participaba del orden cósmico y armónico establecido por los dioses; la *physis* del hombre está predispuesta hacia el *nomos* o, mejor aún, la *physis* predispone al hombre a actuar conforme al *nomos*.

> *"Los conceptos fundamentales que manejan los sofistas son, sin duda, muy anteriores a ellos, y sus orígenes pueden perseguirse hasta los mismos comienzos de la filosofía griega; pero aquí, sin embargo, ocupan un lugar muy distinto que en la sofística. Ley y naturaleza, nomos y physis constituían una unidad esencial en la primera época del pensamiento griego; la regulación humana en la conducta estaba inserta en las mismas leyes del ser y era entendida en ellas y desde ellas. La frase de Heráclito "Todas las leyes humanas se nutren del uno divino", en la que ha querido verse a menudo el origen de la idea del Derecho natural, ha de entenderse también desde el punto de vista de aquella unidad esencial. Este "uno divino" es el logos, según el cual todo acontece y al que todo es común, y al que Heráclito designa también con la palabra cosmos, el orden universal, increado y eternamente el mismo para todos los seres, hombres y dioses. EL hombre participa de este orden, del logos, por ser un alma. La mayor virtud se encuentra en el pensamiento, y toda sabiduría consiste en decir la verdad y en obrar de acuerdo con la physis, escuchando sus mandatos."*[30]

[30] Ídem. p.3. El subrayado es nuestro.

Como menciona Welzel, mientras el *statu quo* político, religioso y económico tradicional griego anterior al Siglo de Pericles ("Ilustración Griega") no había entrado en crisis, el pensamiento filosófico griego no tuvo la necesidad de desarrollar una doctrina de derecho natural tan marcada por la oposición entre *nomos* y *physis*. Fue recién cuando ésta entró en crisis en la que la situación armónica entre *physis* y *nomos* se quiebra por primera vez en la historia de la filosofía.

Antes de proseguir con nuestra investigación, conviene sintetizar nuestros hallazgos: en principio, a partir de lo expuesto por Welzel, podemos advertir que el Derecho Natural ha sido entendido tanto como sinónimo de naturaleza humana, como de ley natural. En ese sentido, la naturaleza humana, a partir de la época de la sofística griega, ha sido concebida o bien como *physis*, o bien como *nomos;* es decir que, desde casi el inicio de la historia de la filosofía, *physis* y *nomos* han sido planteados como dos elementos contrapuestos entre sí, correspondiendo la *physis,* la mayor de las veces, a la idea de la constitución biológica natural de la persona, mientras que el *nomos*, a la idea de regulación humana o leyes vigentes.

A continuación, presentaremos una descripción de la naturaleza humana entendida como *physis* y como *nomos*.

1.1.3.2.LA NATURALEZA HUMANA COMO *PHYSIS* EN LA SOFÍSTICA GRIEGA

La primera referencia que realiza Welzel a la idea de naturaleza humana concebida como *physis* se vislumbra cuando comenta la importancia de la sofística en el desarrollo del Derecho Natural:

> *"En esta etapa primera del Derecho natural de la sofística se distinguió, es cierto, entre las dos series conceptuales de* <u>*physis y nomos, naturaleza y regulación humana*</u>**,** *pero sin*

hacer de ellas una oposición. La distinción, al contrario, debía servir para justificar por medio de la naturaleza las leyes vigentes."[31]

De esta manera, Welzel presenta a Protágoras de Abdera como el mayor exponente de este planteamiento en la Antigüedad, el mismo que es considerado precursor del relativismo, el escepticismo y el antropocentrismo contemporáneo, ya que fue quien postuló la tesis del *homo mensura* ("*Homo omniun rerum mensura est",* según la traducción al latín por Diógenes Laercio). Este nuevo principio permeó transversalmente no solamente a la forma nueva de pensar el derecho natural iniciado por la sofística, sino también a todo el desarrollo histórico de la doctrina del Derecho Natural en los siglos siguientes.

Precisamente, Welzel nos recuerda el *quid* del planteamiento antropológico que subyace a la doctrina del derecho natural protagórico - πάντων χρημάτων μέτρον ἔστὶν ἄνθρωπος- y destaca sus implicancias tanto gnoseológicas como éticas para el decurso del Derecho Natural:

"En el campo gnoseológico, la significación subjetivista de la proposición salta a la vista más radicalmente que en el campo ético. Desde este punto de vista, en ella se contiene la negación de una verdad supraindividual. "Para mí, todo es tal como me aparece; para ti, tal como te aparece". La verdad es relativa al sujeto cognoscente."[32]

En principio, enfatiza en que no existe una verdad supraindividual, absoluta u objetiva; la verdad adquiere un carácter subjetivo; es decir, "las cosas son tal como se le presentan al hombre". En este tipo de razonamiento es posible advertir un sabor semejante al que encontraremos posteriormente y con más claridad en la filosofía de Kant y en la del propio Welzel cuando afirme que lo único inmutable en la idea de Derecho Natural está referida a que es reconocido como "Derecho", a que son principios fundamentales exigibles, mientras que lo

[31] Ídem. p.7. El subrayado es nuestro.
[32] Ídem. p.7.

mutable y lo dinámico son precisamente esos principios fundamentales, puesto que lo son en tanto y en cuanto un grupo social lo reconoce así, en función de las diversas condiciones y circunstancias de un preciso momento del espacio-tiempo histórico en las que aquél se encuentre.

Por su parte, este razonamiento también posee ciertas implicancias en la ética que subyace al Derecho Natural iniciado por la sofística. Tal como advierte Welzel en Protágoras, a la imposibilidad de conocer las cosas (*jremá*) como son, se le agrega el hecho de que éstas son tal como las el hombre (*anthropós*) quiere o dice que son. Aquí conviene puntualizar que el término griego *jremá* significa *bienes, riqueza u ocupación* con una connotación tan amplia que abarca tanto los materiales, como los inmateriales o espirituales; vale decir, aquellas cualidades sensibles y morales del hombre.[33] Por tanto, dado que no es posible conocer las cosas tal como son, tampoco es posible conocer su medida [*metrón*].

De esta forma, aplicando esta lógica al campo moral, llegamos a la siguiente conclusión: dado que no es posible conocer los principios fundamentales morales que deben regir una comunidad de hombres, tampoco es posible conocer sus alcances o medida *de justicia*. No es simple casualidad que Protágoras, al hablar de medida (*metrón*), nos lleve a recordar la última parte de la definición de justicia de Ulpiano – dar a cada uno lo suyo- (*ius suum quique tribuendi*). Nos atrevemos a afirmar, a la luz de los estudios de Welzel, que la sofística de Protágoras preparó el camino para el posterior desarrollo de la doctrina del Derecho Natural basada en una antropología empirista – biologicista, como la que impera en nuestros días.

Asimismo, la sofística de Protágoras puede ser entendida además como el germen del desarrollo subsecuente de la doctrina positivista del derecho, toda vez que, debido a que no se

[33] Ídem. p.7.

pueden conocer las cosas tal como son y, por consiguiente, tampoco es posible conocer su medida (de justicia); el hombre debe atribuírsela.

No obstante, Protágoras aún no da este giro radical. Si bien concibe y distingue entre *physis* y *nomos*, entre naturaleza (humana) y leyes, estos todavía mantienen una relación de interdependencia. Así lo expone Welzel al comentar sobre Protágoras:

> *"Por lo que al problema del Derecho natural se refiere, muestra, de otra parte, la interna dependencia que existe entre naturaleza y leyes. Las leyes tienen como cometido el perfeccionamiento de la disposición natural para el respeto y el Derecho. Se distingue entre physis y nomos, pero sin separar ambos conceptos; el nomos es, más bien, la realización de la physis."*[34]

Este párrafo contiene dos ideas muy importantes y vinculadas entre sí: la primera es la relativa a la llamada disposición natural [del hombre] para el respeto y el Derecho, y la segunda es la afirmación de que el *nomos* es la realización de la *physis*. El *nomos* es identificado con las leyes, las cuales tienen como finalidad facilitar la disposición natural del hombre hacia el Derecho, la cual ya nos indica una antropología optimista y a la vez, conlleva a preguntarnos: ¿qué debe entenderse por disposición *natural*?

La clave para entender el carácter natural de la disposición del hombre hacia el Derecho es señalada por Welzel más adelante:

> *"La fundamentación, empero, que, partiendo de la igualdad biológica natural, daban los sofistas a la igualdad jurídica general era, realmente, demasiado frágil para que pudiera ofrecer resistencia. La naturaleza empírica del hombre sólo en determinados aspectos es igual, mientras que otros, muy esenciales, es, al contrario, diferente."*[35]

---

[34] Ídem. p.9.
[35] Ídem. p.11.

De esta manera, Welzel demuestra que la contribución de Protágoras al subsecuente desarrollo de la doctrina del Derecho Natural reside en haberle dotado de un carácter antitético marcado por la constante oposición entre *nomos* y *physis*.

Así, Welzel nos muestra algunos ejemplos en los que puede advertirse la presencia de esta antítesis entre *nomos* y *physis* en el desenvolvimiento de la doctrina del Derecho Natural. En primer lugar, menciona a Platón refiriéndose al sofista Hipias:

> *"Es mi opinión, hombres que estáis aquí presentes – hace decir Platón al sofista Hipias -, que somos afines, hermanos y conciudadanos, no por el nomos, sino por la physis. Pues lo que es igual se halla emparentado con lo igual por virtud de la naturaleza, mientras que, en cambio, el nomos, ese tirano del hombre fuerza a hacer muchas cosas contra esta". Physis y nomos se oponen radicalmente: en aquella se encuentra fundada la igualdad natural de todos los hombres; en esta, en cambio, su desigualdad antinatural.*[36]

Ergo, la naturaleza humana es entendida como *physis*; y ésta, en clave empírica o biológica; física. Y para precisar las dificultades que la definición de "naturaleza" o "naturaleza humana" implica para la doctrina del Derecho Natural, observamos que, habida cuenta que a partir de la realidad física del hombre -esto es, su dimensión corporal, somática o biológica- se pretendía elaborar un argumento favorable a la igualdad jurídica de todos los hombres, la historia de la filosofía permite verificar que el mismo argumento ha sido usado fácilmente para sustentar la desigualdad jurídica de los hombres.

> *"La fundamentación, empero, que, partiendo de la igualdad biológica natural, daban los sofistas a la igualdad jurídica general era, realmente, demasiado frágil para que pudiera ofrecer resistencia. La naturaleza empírica del hombre sólo en determinados*

[36] Ídem. p.10. El subrayado es nuestro.

aspectos es igual, mientras que en otros, muy esenciales, es, al contrario, diferente. Esta desigualdad salta a los ojos en la "naturaleza", incluso más directamente que la igualdad. Hay fuertes y débiles, inteligentes y necios. ¿No es, por eso, la relación más "natural" entre los hombres la de la desigualdad jurídica, de tal manera que el fuerte rija al débil y el inteligente mande al necio? Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista aparece en toda claridad la profunda problemática del Derecho natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él desea."[37]

Por tanto, un principio fundamental del Derecho Natural y elemento esencial de todo orden jurídico como es la igualdad jurídica de todos los hombres, mientras sea vista a la luz de un derecho natural caracterizado por la antítesis entre *nomos* y *physis* o, mejor aún, por la convicción de que el *nomos* es la realización de la *physis*, siempre se encontrará sometido a los vaivenes y preferencias de quien decida qué es la naturaleza o la naturaleza humana, corriendo el riesgo de que dicha decisión no sea más que reflejo de la sola fuerza o el mero poder de una persona, un colectivo o un Estado (o muchos de estos). Así, el mayor peligro que enfrenta la noción de "naturaleza humana" entendida como *physis* es su encasillamiento en una visión puramente materialista determinada por la Historia, en razón a una visión antropológica escasamente desarrollada, incipiente aún[38].

Sin embargo, la presencia de visiones antropológicas limitadas no es exclusiva de la Antigüedad, sino también éstas se hallan presentes en la filosofía moderna y contemporánea. Ello lo podemos deducir de Welzel cuando escribe las siguientes líneas:

[37] Ídem. p.11. El subrayado es nuestro.

[38] No está demás advertir que la única oportunidad en la historia de la filosofía en la que se pudo construir una filosofía en la que esta situación pudo cambiar y evitar una moral proteica fue con la elaboración de una filosofía de raíz católica, especialmente a partir del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, aunque sobre este punto discutiremos más adelante

"De la idea de la desigualdad "natural" entre los hombres surgió el Derecho natural individual – revolucionario. En este sentido enseñaba ya Gorgias que era "una ley natural, no que el débil cohíba al fuerte, sino que éste rija y conduzca a aquel, que el fuerte vaya a la cabeza y el débil le siga". (...) La naturaleza, sin embargo, prueba que es justo que el hombre hábil posea más que el que no lo es, y el más fuerte más que el más débil…"[39]

Al mencionar al "Derecho natural individual – revolucionario", Welzel está refiriéndose al derecho natural que surgió a propósito de los importantes acontecimientos de la Revolución Inglesa [Thomas Hobbes y John Locke] y de la Revolución Francesa [Kant, Jean Jacques Rousseau], el cual está marcado por un creciente individualismo y de la negación de trascendencia de la existencia humana. Si nos acercamos a conocer los escritos filosóficos, políticos y jurídicos de estos autores, podremos constatar que su doctrina de derecho natural presenta un rasgo constante: se trata de un derecho de la naturaleza humana entendida como *physis*.

Podemos descubrir en la descripción de Welzel una oculta alusión a las características más destacadas de este derecho natural "moderno" que, junto con el paradigma liberal y el democrático contribuyen a sostener un discurso caracterizado por una lectura del Estado como fruto del contractualismo basado en individuos para superar el "estado de naturaleza" hobbesiano; la regla de la mayoría democrática como contrapeso al poder de las élites políticas y económicas, etc.

"Platón, en el que alentaba una "naturaleza de león", ha puesto esta teoría en boca de Calicles con palabras impresionantes: "Por naturaleza, el más débil es también el peor…

[39] Ídem. pp.11-12. El subrayado es nuestro.

No obstante lo cual, en el Estado son los débiles y la gran masa los que dan las leyes, haciéndolo en su propio provecho y determinando así lo que es bueno y lo que es malo."[40]

Y también podemos observar e interpretar el siguiente pasaje como una crítica a las escuelas filosóficas contemporáneas liberales afines al iusnaturalismo que intentan armonizar la defensa de los derechos humanos frente al poder arbitrario del Estado, la cual se encuentra basada en la exaltación de la condición del hombre en cuanto ser libre (voluntarismo) y la promoción de la igualdad material de todos los hombres (igualitarismo).

"Por ello tratan de amedrentar a los fuertes, es decir a aquellos que tienen fuerza en sí para poseer más que los otros, a fin de que no aspiren a más. Con este propósito afirman que el deseo a tener más es vergonzoso e injusto…, y se sienten felices de poseer, al menos, lo mismo que los otros, aún siendo como son los peores."[41]

En suma, debemos destacar aquí la alusión a la *fuerza* e interpretarla en un sentido político, económico, moral, pero también físico, así como el *poseer* como la atribución de bienes para sí, tanto de índole económico como moral – social (fama, prestigio, etc.). Estamos ante una comprensión de la naturaleza humana entendida como *physis* que ha calado hasta en la filosofía de nuestros días, tanto en las llamadas corrientes iusnaturalistas como en otras de raigambre liberal y libertario. Basta recordar la fundamentación netamente biologicista -ojo, no digo biológica- que hacen algunos filósofos para sostener que un concebido no puede ser considerado sujeto de derecho toda vez que, afirman, no es persona porque no tiene "forma humana" o no posee sus facultades motoras, lingüísticas o neurológicas plenamente desarrolladas.

[40] Ídem. pp.11-12. El subrayado es nuestro.
[41] Ídem. p.12. El subrayado es nuestro.

Tabla 1: Principales ideas del Derecho Natural de la Sofística. Elaboración propia.

CONCEPTOS	**SOFÍSTICA**		
	PROTÁGORAS	**HIPIAS**	**TUCÍDIDES**
Derecho Natural	Distingue entre entre naturaleza (*physis*) y regulación humana (*nomos*). El *nomos* es la realización de la *physis.* Lo bueno y lo malo es para cada Estado lo que él tenga por tal. Licofrón: el *nomos* sólo es una garantía de lo justo para los ciudadanos, pero no está en la situación de hacer a los ciudadanos buenos y justos.	De carácter crítico - humanista. En la *physis* se encuentra fundada la igualdad natural de todos los hombres, mientras que en el *nomos* su desigualdad antinatural. Se abre paso por primera vez una gran idea ético - social: la Humanidad.	De carácter individualista - revolucionario. Idea de desigualdad natural entre los hombres. El Derecho es una función de la fuerza y la igualdad jurídica se basa en el equilibrio de la fuerza. Quien posee una fuerza superior va tan lejos como le es posible, y el más débil no tiene más que doblegarse.
Naturaleza humana *(Physis)*	*Physis* como común naturaleza biológica. La naturaleza empírica del hombre.	*Physis* como común naturaleza biológica. La naturaleza empírica del hombre.	*Physis* como común naturaleza biológica. La naturaleza empírica del hombre.
El hombre	El hombre como "ser defectuoso". Disposición natural para el respeto y el	-	-

	Derecho. Tesis del *homo mensura*: implicancia gnoseológica y ética.		

Antes de concluir este apartado, podemos anotar que muchas de las ideas propugnadas por las distintas vertientes del Derecho Natural de la Sofística se encuentran aún vigentes en la Filosofía del Derecho Penal actual y siguen marcando nuestra forma de concebir y comprender el significado del Derecho Penal, así como su función y su fundamento, tales como las siguientes:

Tabla 2: Ideas sofísticas que perviven en nuestros días. Elaboración propia.

IDEA SOFISTA	**IDEA MODERNA**
Relativismo axiológico	Relativismo axiológico
El *nomos* como garantía de lo justo para los ciudadanos.	La ley penal protege su propia vigencia/La ley penal protege bienes jurídicos
Concepción de *physis* como naturaleza biológica	Sesgo biologicista en algunas concepciones de la persona humana.
Todos los hombres son iguales	Todos los hombres son iguales (Humanidad)
El Derecho es una función con la fuerza/La igualdad jurídica sólo es un equilibrio de fuerzas	La idea de que un derecho concreto y real es aquel que es también poder.

1.1.3.3.LA NATURALEZA HUMANA COMO *NOMOS*

En cuanto a la comprensión de la naturaleza humana como *nomos*, cabe indicar que Welzel simplemente no hace ninguna atingencia al respecto, ya que él únicamente considera a la naturaleza humana como *physis*.

1.1.4. LA ESENCIA DEL DERECHO NATURAL

Luego de haber expuesto el pensamiento filosófico jurídico de Hans Welzel, podemos deducir un elemento constante o esencial en la idea de Derecho Natural postulada por este autor: la necesidad de un sistema axiológico que dé contenido de justicia a la norma u ordenamiento jurídico positivizado.

Efectivamente, la razón que subyace y justifica a dicha necesidad reside en el fin último de todo ordenamiento jurídico: la persona humana.

> *"En la cuestión jurídica el hombre es colocado frente a la alternativa entre inmanencia y trascendencia de una manera tan inmediata e insoslayable que para resolverla tiene que poner en juego toda su existencia corporal y espiritual: si no existiese ninguna trascendencia, es decir, si el estar obligado y el deber ser que trasciende la existencia fueran sólo la proyección ilusoria de hechos psicológicos o sociológicos, el hombre quedaría librado totalmente, en cuerpo y alma, a los poderes superiores. En este caso podrían existir limitaciones a su caída de la misma manera en que varios bloques de poder se mantienen recíprocamente en equilibrio; pero cuando el poder se vuelve ilimitado, el hombre queda librado a aquél íntegramente, no sólo física, sino también espiritualmente."*[42]

[42] WELZEL, Hans. Verdad y límites del Derecho Natural. En: Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004. pp.118-119. El subrayado es nuestro.

Ahora bien, Welzel está señalando específicamente cuáles son las características y la importancia misma de ese sistema axiológico. En primer lugar, Welzel vincula al Derecho con la idea de trascendencia, al mencionar que el *deber ser* es trascendente; esto es, objetivo, externo y distinto a la propia existencia del hombre. Por tanto, el deber ser no depende del hombre y, por ello, *obliga* [en conciencia] al hombre a adecuar su conducta al *deber ser*. En segundo lugar, Welzel resalta que es necesario que el *deber ser* sea trascendente, puesto que, al serlo, actúa como límite al poder. De no ser así, la propia existencia del hombre quedaría sometida a *los poderes superiores*.

Es importante recalcar que, aunque no lo diga expresamente en su obra, cuando Welzel refiere que el *deber ser* que obliga al hombre *"no es proyección ilusoria de hechos psicológicos o sociológicos"* está haciendo alusión directa a la concepción de naturaleza humana como *physis*; vale decir, desde una perspectiva exclusivamente empirista, materialista y subjetivista; la misma que puede ser empleada tanto para legitimar la igualdad o desigualdad jurídica de los hombres, tal como pudimos apreciar líneas más arriba. Debido a ello, el reconocimiento del *deber ser* no puede fundamentarse en una antropología que destaca solamente una dimensión del hombre [la materia o corporeidad del hombre: el comportamiento psicológico o social], el *deber ser* debe fundamentarse en una antropología realista.

A partir de lo expuesto se deducen dos conclusiones: i) el *deber ser* no es ni puede ser construido desde el hombre, y menos desde una visión reducida de él; y, ii) el *deber ser* no es ni puede ser construido por el hombre. Sin embargo, para arribar a este razonamiento, es preciso desligarse de toda metodología filosófica idealista, tal como la influencia neokantiana en el uso de las categorías *ser* y *deber ser* que aún se halla en Welzel, lo cual explicaremos más adelante en la presente investigación.

1.1.5. EL DERECHO NATURAL Y EL *DEBER SER* TRASCENDENTE

Welzel, siguiendo una lógica idealista kantiana, reconoce que el Derecho Natural presenta un axioma esencial: el *deber ser* es trascendente a la existencia del hombre y posee fuerza vinculante. Por consiguiente, en tanto axioma, esta afirmación no puede ser probada, aunque sí puede ser demostrada y apreciada en ciertos fenómenos, entre los que destaca la llamada "voz de la conciencia".[43]

La voz de la conciencia es definida por Welzel como *"la percepción de la trascendencia en la inmanencia."*[44] La trascendencia -es decir, el *deber ser*- es concebida en el sistema filosófico de Welzel como una instancia externa y distinta del hombre[45]. De esta manera, la trascendencia no es una proyección de la subjetividad del hombre, ni mucho menos de su dimensión psicológica, social, o acaso biológica, toda vez que ninguna de ellas determina las pautas del comportamiento moral de aquél.[46]

Ahora bien, la importancia del carácter trascendente del *deber ser* radica en dos razones: **i)** limitar al poder y **ii)** dotar de sentido a la existencia humana. Efectivamente, es admisible pensar que estas dos finalidades del *deber ser* están relacionadas recíprocamente: la limitación del poder encuentra su justificación en que ella permite dotar de sentido a la existencia humana, mientras que la existencia humana solamente puede adquirir sentido mediante la limitación del poder. De esta manera, la trascendencia – el *deber ser* kantiano en Welzel - es necesaria para la existencia del hombre, pues sólo ella obliga verdaderamente. En definitiva, la importancia de la trascendencia es de tal magnitud que Welzel afirma:

---

[43] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.250.
[44] Ídem. p.251. Esta afirmación posiblemente deje traslucir la influencia de la formación protestante en la lectura filosófica de Welzel; particularmente, con la idea de que la verdad habita en el individuo.
[45] Ídem. p.251.: "El hombre es un ser que lleva en sí la responsabilidad, una responsabilidad ante una "instancia" que se le enfrenta desde afuera".
[46] Ídem. p.251. "La prueba de que la trascendencia no es mera ilusión, se encuentra en que el hombre sólo es comprensible como un ser dirigido a la trascendencia: sus reglas de comportamiento no le son dadas biológicamente de modo innato, sino como un cometido vinculante."

"Si no hubiera trascendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia sólo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior."[47]

Realmente, la esencia de la trascendencia, de acuerdo con Welzel, es su fuerza vinculante, aquello que obliga *válidamente* y en conciencia al hombre, rasgo que la distingue de la pura fuerza o coacción.

1.1.6. EL DERECHO NATURAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PERSONA.

Dentro del planteamiento filosófico postulado por Hans Welzel, la persona posee un rol relevante en la justificación del Derecho: Welzel redescubre la importancia de la persona como sujeto y no como objeto –*"como fin en sí mismo"*, en términos kantianos-, como un ser dotado de conciencia y capaz de asumir libremente responsabilidades que coadyuvan a dar sentido a su existencia.

En las siguientes líneas, nuestro objetivo será describir la fundamentación que realiza Welzel para sostener la relación entre Derecho Natural y el sentido de la existencia humana, así como los tres rasgos que la caracterizan: **i)** la importancia del Derecho Natural para posibilitar la existencia humana; **ii)** la posición de la persona en y para el Derecho en contraposición a la posición de la persona en y para el Poder; y **iii)** la legalidad entendida como sinónimo del obrar ético social, es decir, como conducta humana que exige y presupone una identidad entre el valor ético y el valor jurídico.

[47] Ídem. p.251.

1.1.6.1.DERECHO NATURAL Y SENTIDO DE LA EXISTENCIA HUMANA.

De acuerdo con Welzel, sólo la idea de Derecho Natural puede asegurar y hacer posible la existencia humana pues en sí misma constituye un límite al poder, garantizando de esa manera la vida e integridad física y espiritual de la persona. La apelación a la idea de Derecho Natural es, en última instancia, la garantía jurídica del respeto a la persona como actor y constructor del sentido de su propia existencia. La necesidad de la idea de Derecho Natural se vuelve patente ahí en donde los bloques de poder (estructuras, instituciones u organizaciones) son insuficientes o incapaces de conjurar a un *hegemón* (persona, grupo social, clase, etnia, país, etc.) con clara intención de ejercer su dominación sobre los demás.

> *"Las fronteras de su entrega total sólo podrían subsistir mientras varios bloques de poder se contrabalancearán recíprocamente; pero desde el momento en que una potencia lograra poder ilimitado, el hombre quedaría entregado a ella, no sólo de manera física, sino también espiritual."*[48]

En ese sentido, Welzel reconoce una "significación existencial" en la idea de Derecho Natural, cuya importancia reside en el hecho de que constituye el presupuesto esencial de una "existencia humana con sentido":

> *(...) Esta significación realmente "existencial" del problema jurídico la ha llevado a conciencia en todos los tiempos la idea del Derecho natural; una idea que ha puesto de manifiesto que la existencia de un deber ser trascendente y vinculante es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido."*[49]

De este modo, Welzel reconoce al *deber ser* como el polo superior de toda teoría jurídica, anotando además la necesidad de que sea trascendente y capaz de vincular o ser

[48] Ídem. p.251.
[49] Ídem. p.251.

obligatorio. Sobre este último punto, Welzel afirma que es importante recalcar que la obligatoriedad supone y exige la existencia de una *"persona responsable"*, entendida como sujeto capaz de definir su propia vida, lo cual pasaremos a explicar en el siguiente apartado.

1.1.6.2.PERSONA RESPONSABLE, OBLIGACIÓN Y COACCIÓN.

En el artículo *"Verdad y límites del Derecho Natural"* (1964), Welzel afirma que: *"Obligación y persona responsable se corresponden indisolublemente. En cada obligación es concebida también la persona responsable, a la que aquella afecta"*[50]. Seguidamente, ofrece dos razones para sostener esta idea: i) todo mandato que en tanto jurídica quiera obligar al hombre, tiene que reconocerlo como persona, y ii) la idea de legalidad o de la llamada ordenabilidad del actuar ético social:

> *"Y es que, mientras la coacción convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas, la obligatoriedad le impone la responsabilidad por un orden de su vida dotado de sentido, haciendo de él el sujeto de la conformación de su vida. En el momento, por eso, en que frente a la coacción del poder superior se descubrió el carácter obligatorio del Derecho, se descubrió también, a la vez, por lo menos en germen, la personalidad del sujeto obligado."*[51]

He aquí la diferencia esencial entre fuerza (coacción) y derecho, de acuerdo con el pensamiento filosófico de Welzel: mientras la primera manda y se impone sobre la persona, sólo el derecho obliga en conciencia reconociendo al hombre como persona. La importancia que supone este hecho radica en que reconoce a la persona como un sujeto capaz de conformar,

---

[50] WELZEL, Hans. Verdad y Límites del Derecho Natural. pp. 119-120. En: WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004. Op. Cit. 255 pp.
[51] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p. 251. El subrayado es nuestro.

por sí mismo, el sentido de su propia vida. De esta manera, podemos decir que la antropología de Welzel no se caracteriza por definir a la persona en función a su naturaleza, estructura y facultades, sino en función a su capacidad para definir la finalidad de su propia existencia, como un ser que se hace a sí mismo, en permanente apertura al cambio.

La antropología de Welzel, si acaso admite algún rasgo esencial en el hombre, reconoce que solamente lo único inmutable en el hombre es su capacidad para definirse a sí mismo. Por lo tanto, podemos afirmar que Welzel no responde la pregunta sobre *qué* o *quién es la persona*, sino *qué lo hace ser persona*, basándose en una perspectiva voluntarista que toma al hombre como ser que se auto recrea según sus fines, la cual será explicada en el siguiente capítulo.

Ahora bien, conviene esclarecer qué concibe Welzel por *persona responsable*, para lo debemos conocer su comprensión sobre el hombre y su conducta, para posteriormente, explicar su teoría de la acción, lo cual realizaremos a continuación.

En primer lugar, Welzel, al referirse a las razones por las cuales el derecho tiene que ser, además, poder, ofrece dos: la constitución del hombre y la sociabilidad histórica del hombre.[52] De estas dos, analizaremos en este acápite la primera.

Fiel a su pensamiento sobre la vaguedad del término "naturaleza humana", prefiere hablar más bien de "constitución del hombre" al momento de postular su planteamiento filosófico sobre el Derecho. La ventaja metodológica que justificaría su preferencia por el término "constitución del hombre" radicaría en el hecho de que, aplicando el reduccionismo al ámbito somático, corpóreo o material del hombre [naturaleza humana como *physis*], lograría una explicación filosófica del Derecho que compatibilizaría el reconocimiento de la importancia de un "Derecho Natural" con la realidad histórica empírica, objeto de conocimiento

[52] "Iniciemos pues, nuestras consideraciones sobre la relación entre poder y derecho con la verificación con la verificación de que el derecho, en todo caso, también tiene que ser poder. Y esto por una doble razón. WELZEL, Hans. Derecho y Poder (deber jurídico y validez jurídica). En: WELZEL, Hans. Mas allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Universidad Nacional de Córdova, Córdova, 1962. Pp. 45 – 65. p.48 y ss.

de la ciencia positiva, convirtiendo al Derecho Natural en una categoría conceptual que, si bien en un inicio intentará combatir denunciándola de ser una genuina construcción del idealismo filosófico, terminará siendo leída en clave historicista.

> *"La primera se encuentra en la misma constitución del hombre. La antropología moderna ha destacado insistentemente que el hombre, a diferencia del animal, está caracterizado por el hecho de que los reguladores esenciales de su conducta no le están dados en forma biológica innata (como proceso instintivo), sino obligatoria (como normas)"*[53].

Y luego agrega, precisando cómo deben ser elaborados esos sistemas reguladores de la conducta humana-individual:

> *"El animal, en virtud de transmisión hereditaria, posee inmanentemente el sistema de acción típico de su especie. Pero cada hombre tiene que elaborar su sistema de acción –que en verdad es específicamente individual- mediante la realización de disposiciones humanas desprovistas de determinaciones detalladas de realización."*[54]

Debemos hacer hincapié en que la referencia hecha por Welzel a la transmisión hereditaria y, sobre todo, a la inmanencia para hacer alusión al sistema de acción del animal no es gratuita; por el contrario, constituye el fundamento principal que coadyuvará a la aceptación de que el regulador esencial de la conducta humana que rige un sistema de acción necesariamente debe ser buscado fuera del hombre, y por tanto, debe tener carácter *trascedente*.

Dicho regulador esencial es aquel *deber ser trascendente* que obliga en conciencia a una persona, por cuanto la reconoce como tal y ésta, a su vez, reconoce al *deber ser trascendente* como obligación. De esta manera, quien no reconoce al *deber ser trascendente* como tal está

[53] Ídem. p. 48. El subrayado es nuestro.
[54] Ídem. p. 48. El subrayado es nuestro.

equiparando su conducta a la de un animal, el cual actúa conforme al sistema de acción inmanente que tiene incorporado por la genética; es, por tanto, un animal. Por tanto, resulta totalmente admisible que la *coacción* -esto es, la fuerza- es la respuesta que el derecho ofrece cuando el hombre se despersonaliza al momento de infringir lo ordenado por el *deber ser trascendente*.

Justamente, es precisamente en este contexto donde encuentran sentido las siguientes palabras de Hans Welzel, al referirse a la estrecha relación entre *obligación* y *persona*, lo cual únicamente puede ser posible, admite, mediante el reconocimiento de un *deber ser trascedente* a la propia persona:

> *"Obligación y persona responsable son dos conceptos unidos inseparablemente. En toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable. Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho. Este contenido material está implícito necesariamente en el axioma supremo del Derecho natural, de que hay una obligatoriedad o un deber ser trascendente a la existencia*.[55]

Ahora bien, si el actuar del hombre conforme a lo que el Derecho *obliga* exige que aquel conozca el *deber ser trascendente*, ¿cómo llega la persona a conocer el *deber ser trascendente*?

La respuesta la podemos encontrar en lo afirmado por el propio Welzel: *"La voz de la conciencia es la percepción de la trascendencia en la inmanencia."*[56] El significado de esta frase está directamente unido a lo que hemos venido explicando anteriormente: debido a que

---

[55] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.252. El subrayado es nuestro.
[56] Ídem. pp.250 – 251.

sus reglas de comportamiento no le son dadas biológicamente de modo innato, el hombre debe crear su propio sistema de acción para dar sentido a su existencia. Sin embargo, este sistema de acción debe estar asentado en el *deber ser trascendente*.

El paso desde la inmanencia hacia la trascendencia comienza en la conciencia del hombre, y se realiza cuando la voluntad, mediante la acción humana, realiza conscientemente un fin o una meta querida por él. La consciencia indica al hombre cuál es el *deber ser trascendente* al que debe sujetar su conducta.

Asimismo, debemos preguntarnos, ¿cuál es la naturaleza de esa trascendencia, según Hans Welzel?

Podemos ensayar una respuesta a partir de la siguiente frase: *"El hombre es un ser que lleva en sí la responsabilidad, una responsabilidad ante una "instancia" que se le enfrenta desde fuera"*[57]. Sobre la definición de esta "instancia", Hans Welzel no da una respuesta concluyente al respecto: aunque niega rotundamente que se trate de una *"proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos"*[58] y que la voz de la conciencia sea un mero dato fáctico equiparable a una categoría psicoanalítica [el super-yo o el inconsciente colectivo] o sociológica [una pretensión social con carácter tabú], deja abierta la interpretación historicista de este *deber ser trascendente:*

> *"Las teorías del Derecho natural parten de este deber ser trascedente a la existencia y vinculante como se parte de un axioma. En el fondo, <u>no son otra cosa que el punto histórico en el que este deber ser se ha hecho conciencia en el hombre</u>".*[59]

Esta situación evidencia una importante limitación del esquema filosófico de Welzel, el cual hunde sus raíces en el pensamiento kantiano. A pesar de ello, para entender a Welzel en su

[57] Ídem. p.251.
[58] Ídem. p.251.
[59] Ídem. p.250. El subrayado es nuestro.

comprensión del Derecho Natural, es preciso echar mano de una mirada teleológica, es decir, qué busca legitimar con el mantenimiento de este concepto. De esta manera, podemos ver la importancia radical que tiene la trascendencia en el esquema filosófico de Welzel:

> *"Si no hubiera trascendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia sólo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior."*[60]

De esta manera, llegamos al núcleo del pensamiento filosófico de Hans Welzel en torno a la cuestión del Derecho Natural: la discusión sobre la validez jurídica como rasgo de diferenciación esencial entre el derecho y el puro poder, así como el reconocimiento de la existencia de un *deber ser trascendente* que determina a dicha validez jurídica, volviéndose obligación para la persona.

1.1.6.3.LEGALIDAD O CARÁCTER ORDENADO DEL OBRAR ÉTICO SOCIAL.

Llegado a este punto de nuestra investigación, es necesario abordar la concepción de Welzel sobre la acción humana. En primer lugar, el jurista de Jena considera que la acción humana es la actividad de la intención del hombre.

> *"Así podríamos llegar hasta una estructura básica de la acción. La acción en sentido estricto y preciso es la actividad de la intención humana. Hacer real las intenciones significa utilizar medios factores causales del mundo externo, los cuales hacen real un preciso resultado como meta – en esto consiste básicamente la*

[60] Ídem. p.251. El subrayado es nuestro.

especialidad de la acción humana, mediante la cual se resalta el accionar sobre cada sencillo proceso causal."[61]

En el esquema filosófico de Welzel, la voluntad forma a la intención humana y ésta se convierte en real una vez que el hombre, ejerciendo su voluntad, toma una decisión, la cual siempre expresa una valoración sobre algo.

"En consecuencia, toda la acción, en todas sus fases, es una unidad de sentido real dominada por una voluntad formadora de intención, una realización de la voluntad en el significativo, es decir, la realización del sentido de acción impuesto por la voluntad."[62]

Por lo tanto, la decisión concreta refleja siempre una valoración realizada por la voluntad. Por ello, se afirma que es formadora de la intención humana. Asimismo, la acción humana es tanto la base del comportamiento social, como un fenómeno social en sí misma, de acuerdo a lo mencionado por Welzel en las siguientes líneas:

"Así hemos querido, de aquí en adelante, tratar solo una parte, la que es ciertamente de importancia central para la teoría del delito: la acción como fenómeno social. *A partir de ella debe ser representada solo su estructura básica. La teoría de la acción desarrollada es la propia "teoría del delito". (...) En esto se señala también otra diferencia de nuestro punto de vista en contraposición a la teoría de la acción naturalística: en ella la "acción" (el antecedente causal) era el fundamento existencial sobre la cual se yergue un mundo de valores (como "agregado") completamente distinto del mundo de valores jurídicos, en esto último se remarca precisamente su independencia respecto de aquella. Para nosotros la teoría de la acción es a la vez la*

[61] WELZEL, Hans. Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial BdeF. Buenos Aires, 2003. p.30.
[62] Ídem. p.32.

continuación de la teoría del delito -ya que desde el principio la acción se consideró como fenómeno de la existencia social – en la cual ella es una concreta forma de aparición que separa elementos de su particular estructura y los incluye en su concepción social (jurídica)."[63]

De esta manera, toda acción lleva consigo un valor. Efectivamente, toda acción humana posee dos aspectos: la actividad en sí misma y el producto o resultado de dicha actividad. Independientemente de si el resultado querido es alcanzado con su actividad, ésta ya contiene en sí un valor.

"Toda acción humana, en lo bueno como en lo malo, está sujeta a dos aspectos distintos de valor. Por una parte, puede ser valorada según el resultado que alcanza (valor del resultado o valor material); por otra parte, independientemente del resultado que con la acción se obtenga, según el sentido de la actividad en sí misma (valor del acto)." [64]

Como consecuencia, podemos deducir que toda acción humana, específicamente, toda *actividad humana*, en tanto entraña una valoración, dota de sentido a la propia existencia humana. Así, sin importar que el resultado sea alcanzado, si la actividad realizada para conseguirlo es positiva, la vida humana tendrá significación. En el mismo sentido, la sola realización de una actividad reprobable no exigirá la consecución de su fin para ser considerada "mala" o un desvalor.

(...) La actividad humana como tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva; pero ese sentido lo conserva también entonces la actividad, aun cuando la obra no se haya alcanzado (valor del acto del

[63] Ídem. pp. 23-24. El subrayado es nuestro.
[64] WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956. pp. 1-2. El subrayado es nuestro.

trabajo). Lo mismo ocurre en el orden negativo: el desvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación (desvalor del resultado de la acción); pero también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprobable es digna de desaprobación (desvalor de la acción); p. ej. la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.[65]

De esta manera, Welzel redescubre una las categorías fundamentales de la doctrina del Derecho Natural: la vinculación entre el obrar ético y el obrar jurídico, tan abandonada en sus días por el Positivismo Jurídico. De acuerdo con ello, cualquier intento de desvinculación de las dos formas de obrar es completamente absurdo, puesto que ambos son acciones humanas y, por consiguiente, siempre poseen un valor determinado, el mismo que puede dotar o no de sentido a la existencia humana.

"Otra aportación duradera de las doctrinas del Derecho natural es la idea de la "legalidad" o, mejor dicho, del carácter ordenado del obrar ético social; es decir, ético y jurídico. En este punto se echa de ver cierto paralelismo con las leyes naturales. Así como el acontecer según leyes constituye el presupuesto de posibilidad, si no de la existencia, sí de la comprensibilidad de la fenomenalidad natural, así también el "carácter ordenado" representa el presupuesto de posibilidad del obrar ético social, no sólo de comprensibilidad, sino incluso de su existencia."[66]

Como se puede apreciar, Welzel denomina a esta vinculación entre el obrar ético y el obrar jurídico con el nombre de "legalidad" o "carácter ordenado del obrar ético social". Por consiguiente, el Derecho, en cuanto orden jurídico, debe, ante todo, *ordenar*; y, para ello, debe

[65] Ídem. p.2. El subrayado es nuestro.
[66]. WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.252. El subrayado es nuestro.

ser, también, *poder*. De este modo, podemos afirmar que el Derecho en Welzel cumple un rol de "*Poder Ordenador"*, lo cual lo distingue sobre el puro poder, uno de naturaleza arbitraria que sólo intenta imponerse, porque se considera a sí mismo como fin. Por este hallazgo, nos atrevernos a sostener que existe una cierta herencia de las ideas de Thomas Hobbes en el pensamiento filosófico jurídico de Hans Welzel.

En concordancia con lo expuesto sobre el Derecho como *"Poder Ordenador"*, Welzel atribuye al obrar la capacidad para conformar *previsiblemente* el futuro, acarreando dos consecuencias importantes para su propuesta sobre la necesaria existencia de contenido ético en el Derecho entendido como orden jurídico: **i)** las circunstancias del obrar no pueden ser jamás individuales, y **ii)** las reglas, órdenes y normas que regulan estas circunstancias del obrar deben tener una coherencia interna para permitir la conformación o construcción de una vida dotada de sentido.

> *"La conformación previsible del futuro, es decir, el obrar, no sería posible si las circunstancias en que este obrar ha de actuar fueran incomparables e irrepetibles, únicas, en último término, individuales. Una ética de la situación absoluta es, por eso, una idea imposible de representar. Pero no sólo las circunstancias del obrar no deben ser, sin más, únicas, sino que también sus reglas, órdenes y normas directivas tienen que encontrarse en una conexión interna si ha de ser posible una vida unitaria y con sentido."*[67]

Con ello, Welzel había [re]descubierto que no solamente bastaba con que un orden jurídico fuese un sistema normativo formalmente lógico, unitario y completo, sino también, y por encima de todo, fuese materialmente -léase, valorativamente- coherente, para ser entendido y reconocido como verdadero Derecho, lo cual nos remitirá directamente a un tema de vital

[67] Ídem. p.252. El subrayado es nuestro.

discusión para Welzel: la validez jurídica, el mismo que será analizado posteriormente en el acápite referido al Derecho Positivo.

1.1.7. EL DERECHO NATURAL Y SU CARÁCTER SUPRATEMPORAL

Previamente a proseguir con la discusión sobre la validez jurídica en el pensamiento de Hans Welzel, es preciso anotar la manera en que entiende la relación entre los órdenes ético – sociales, una vida con sentido y el Derecho Natural, para lo cual, empezaremos presentando la siguiente cita:

> *"Es preciso que exista una "concordancia" de los órdenes ético-sociales, porque, en otro caso, sería imposible una vida ordenada con sentido. Esta "concordancia" de los órdenes ético-sociales no elimina tensiones, contraposiciones e incluso contradicciones, siempre que puedan coincidir en una unidad superior, o por lo menos, puedan ser conciliadas en ella. En este sentido, la concordancia de los órdenes ético-sociales es una coincidencia oppositorum."*[68]

Como bien se aprecia, la concordancia de los órdenes ético-sociales no niega las tensiones que pudieran existir o que existen entre los mismos; por el contrario, la reconoce como *coincidencia oppositorum* [coincidencia de los opuestos], de tal forma que convergen en una unidad superior que, a diferencia del caso de Nicolás de Cusa, ya no es Dios, sino la categoría del Derecho Natural[69]. Por esa razón, a partir del planteamiento de Welzel, es posible deducir que el concepto de Derecho Natural tiene el carácter de supratemporal y está constituido por los siguientes cuatro elementos: i) el deber ser incondicionado (o *deber ser trascendente*);

[68] Ídem. p.253. El subrayado es nuestro.
[69] La noción de "coincidencia oppositorum" es una categoría introducida por primera vez por Nicolás de Cusa para superar las aparentes contradicciones y contingencias de la realidad, la cual era identificada con Dios.

ii) el sujeto responsable; iii) el carácter ordenado del obrar ético-social, y iv) la concordancia de los órdenes éticos:

> *"Todos estos elementos -el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales – cuentan entre las nociones supratemporales de la doctrina del Derecho natural, porque representan el presupuesto de posibilidad de todo orden ético-social y son, independientes de los contenidos de estos órdenes."*[70]

En conclusión, podemos atrevernos a decir que, para Hans Welzel, el Derecho Natural es una categoría jurídica que por sí sola no se explica, salvo por su funcionalidad, puesto que permite crear y recrear esquemas conceptuales que dotan de sentido a la existencia humana. Estos esquemas conceptuales están, a su vez, conformados por otras cuatro categorías jurídicas, cuyo contenido – precisamente, el sistema de valores imperante en una sociedad - es variable, dinámico y abierto, dejando un espacio para el relativismo y desvirtuando así la propia esencia de la filosofía del Derecho Natural: Welzel ha llegado a desnaturalizar al propio Derecho Natural: vaciándole de contenido, lo ha convertido en una simple categoría, dejando una imborrable huella en la Historia de la Filosofía del Derecho.

Finalmente, Welzel nos recuerda que *"Lo que queda del mundo de las ideas del Derecho natural no es un sistema de principios jurídicos materiales eternos, sino la exigencia frente al Derecho positivo -una exigencia que hay que cumplir bajo condiciones siempre nuevas – de que la lucha en torno a la conformación justa de las relaciones sociales sea siempre una polémica entre ideas, y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento, ni mucho menos por la aniquilación del hombre por el hombre."*[71]

---

[70] Ídem. p.253. El subrayado es nuestro.
[71] Ídem. p.267.

1.2. EL DERECHO POSITIVO EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE HANS WELZEL

Ahora bien, es el momento de abordar otro tema que ocupa un lugar preeminente dentro de la discusión filosófico-jurídica de Hans Welzel: el Derecho Positivo, cuya importancia radica en el énfasis en la necesidad para el Derecho de poseer un carácter fáctico que le permita materializarse, a través de instituciones, en un orden social determinado, así como su capacidad para imponerse efectivamente a través de la coacción. Ello sucede debido a que Welzel da una lectura kantiana a la doctrina del Derecho Natural, en virtud de la cual el Derecho Natural deviene solamente en una categoría "supratemporal" que dota de sentido a la existencia humana, aunque carece de fuerza o capacidad para traducirse empíricamente en un orden social determinado, con un contenido ético, también, determinado.

> *"... desde el punto de vista de la ética social, no hay ninguna formulación válida y supratemporal acerca de lo justo; siempre y cuando uno no quiera conformarse con frases formales y vacías de contenido como: haz el bien, evita el mal".*[72]

Si bien con el redescubrimiento del Derecho Natural, Welzel reconoce la importancia del contenido axiológico en el Derecho, su visión idealista y propiamente kantiana del Derecho Natural diluye y aniquila toda su riqueza jurídica asentada sobre la naturaleza humana, llegando a equiparar confusamente la Ética con el Derecho. Por esta razón, debe acudir al Derecho Positivo con la finalidad de encontrar un recurso teórico y, sobre todo, práctico que le permita verificar en el Derecho, su capacidad para imponerse por sí mismo frente a los individuos que conforman la comunidad, pues solamente si cumple este requisito merecerá llamarse y considerarse Derecho.

---

[72] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. p.50. En: WELZEL, Hans. Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Op. Cit. .127 pp.

En las siguientes líneas, describiremos la importancia del positivismo jurídico y su alcance dentro del pensamiento filosófico de Hans Welzel, particularmente en la propia concepción del Derecho. De esta manera, demostraremos que el principal aporte de la idea del derecho positivo a la idea que tiene Welzel sobre el Derecho es la idea de "*Poder*", aunque, a diferencia del positivismo jurídico clásico, Welzel señala que este "poder" se distingue del puro poder, atribuyéndole, siguiendo una línea de argumentación que se remonta a Hobbes, un carácter ordenador, una *"función ordenadora y superadora del caos"*[73]; en suma, un *Poder Ordenador*.

1.2.1. EL DERECHO POSITIVO EN EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL

En su obra *Derecho Natural y Justicia Material*, antes de referirse al positivismo jurídico, Welzel empieza explicando lo que el positivismo es, describiéndolo como la reducción de la razón, asumiendo, a su vez, la reducción de la realidad a lo observable empíricamente:

> *"El positivismo es la reducción de la razón, que capta e interpreta en su sentido las impresiones sensibles al entendimiento, en tanto que facultad orientada a la existencia y de carácter técnico – instrumental. Según la ley de los tres estadios de Auguste Comte, con el positivismo la Humanidad pasa del estadio metafísico al estadio científico, al limitarse a aquello que es susceptible de observación empírica – es decir, a los hechos y a las conexiones causales de los hechos-, dando de lado todo lo que trasciende de la observación empírica."*[74]

[73] Cfr. WELZEL, Hans. Ídem. Derecho Natural y Positivismo Jurídico. pp..33 – 34; y WELZEL, Hans. Derecho y Poder. pp. 51 y ss. En: WELZEL, Hans. Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Op. Cit. p.125.
[74] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op.Cit. pp. 191 – 192. El subrayado es nuestro.

Al asumir el positivismo científico, no es posible admitir trascendencia. En el ámbito del Derecho, esto se refleja en la idea de que "*el derecho es un elemento constitutivo de la realidad"*[75], la cual es heredera del pensamiento filosófico político de Thomas Hobbes, quien sostenía que ello era posible en razón a dos fundamentos: la idea de la contingencia de los contenidos éticos, propuesta por Duns Scoto y la llamada dinámica de la naturaleza humana.[76]

Según la idea escotista de la contingencia los contenidos éticos asumida por Hobbes, resulta ser un completo error afirmar que la recta razón nos permite conocer proposiciones concretas del derecho natural, pues éste se nos presenta completamente ininteligible a tal magnitud que *"las más sangrientas enemistades no surgen de la lucha por lo mío y lo tuyo, por la posesión exterior, sino por el concepto de lo bueno y de lo malo, es decir, por concepciones fundamentales"*[77]. Ante esta situación, Welzel concuerda con Hobbes en el sentido de la necesidad de *"establecer una instancia suprema que decida autoritariamente acerca de los criterios que deban tener validez en el actuar social y que deban ser derecho"*[78], a efectos de superar este caos producido por la ininteligibilidad ética; a saber, *Autoritas, non veritas facit legem*![79]

Por su parte, la llamada dinámica de la naturaleza humana está relacionada con la variabilidad que presentan las múltiples concepciones optimistas y pesimistas del hombre; de esta manera, mientras que el derecho natural idealista de Aristóteles presuponía una antropología optimista – el hombre como un ser racional -, la visión antropológica pesimista de Hobbes resulta ser incompatible con el derecho natural idealista, por lo que, para contener el

[75] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Óp. Cit. p.51.
[76] Cfr. Punto 1.1.2.2. y 1.1.2.3. de esta investigación.
[77] WELZEL, Hans. Derecho Natural y Positivismo Jurídico. Op. Cit. p.27.
[78] Ídem. p.27.
[79] Ídem. p.28

impulso violento del hombre, *"el derecho tiene que ser un orden real y efectivo"*[80] capaz de superar el *bellum omnia contra omnes.*

Ergo, bajo la perspectiva del Positivismo Jurídico, hablar de un Derecho Natural como un orden supratemporal o trascendente es un sinsentido, toda vez que ni el Derecho Natural es considerado verdadero derecho, ni es posible deducir un orden ético supratemporal de aquél. Por esta razón, Welzel advierte que el positivismo jurídico es "*la ocupación práctica del derecho mismo*"[81]. Como consecuencia, lo único que puede ser considerado "realmente" Derecho es el derecho positivo:

> *"Para la teoría jurídica, la limitación a lo "fáctico y existente en la realidad" significa la ocupación exclusiva con el Derecho positivo, como el Derecho "al que un poder competente y creador le confiere la cualidad jurídica… por medio de un proceso adecuado y externamente perceptible."*[82]

No obstante, asumir la idea de que el derecho es un elemento constitutivo de la realidad implica, a su vez, reconocer que el derecho *participa también de los peligros de la realidad*[83]. Al argüir que el positivismo jurídico queda íntimamente relacionado con la facticidad jurídica creada por el poder o la autoridad mediante un procedimiento racional – formal, su carácter normativo queda asimilado por los elementos empíricos del derecho y de la ética. Por consiguiente, el Derecho, en las versiones más clásicas del positivismo jurídico, queda desprovisto de todo contenido o valoración ética:

> *"<u>El valor de este Derecho es irrelevante</u>: "La existencia del Derecho es una cosa, y su valor o falta de valor, otra… Una ley efectivamente existente es una ley, aun cuando*

[80] Ídem. p.29.
[81] Ídem. p.19.
[82] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Óp. Cit. p.192.
[83] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Óp. Cit. p.51.

provoque nuestra censura." Lo decisivo es solo su funcionamiento en la realidad: "Sólo lo que funciona como Derecho es Derecho, y todo esto es Derecho, sin excepción alguna".[84]

La frase "*Protego, ergo obligo"* constituye la clave de la idea de derecho positivo entendido como derecho *real*. Efectivamente, dicha frase muestra cómo la facticidad precede y está directamente vinculada a lo normativo; o, mejor dicho, la protección precede a la obediencia. Así, la razón que Welzel encuentra en Aristóteles, Hobbes y Kant, y que luego hace suya, es que para crear obligación es preciso crear orden. Tal es la característica esencial de un derecho que *existe* y es *real*, lo cual únicamente es posible con el derecho positivo[85], toda vez que, para Welzel, el Derecho Natural aparece principalmente como una idea sin contenido propio permanente, lo cual permite que éste sea manipulado o definido cada cierto tiempo, provocando inestabilidad en el sistema de valores de una sociedad, acarreando una grave amenaza al orden existente.

A continuación, ahondaremos en la distinción que realiza Welzel entre el puro poder y el *Poder Ordenador* en que debe consistir el derecho positivo.

1.2.1.1. EL DERECHO POSITIVO COMO ASEGURAMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS FRENTE A LA ARBITRARIEDAD

El interés de Hans Welzel por estudiar la relación entre el derecho y el poder es transversal a toda su obra. En el artículo *Derecho y Poder (deber jurídico y validez jurídica)*[86], Welzel empieza haciendo una crítica al problema y al rol que desempeñó el Positivismo Jurídico

[84] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.192. El subrayado es nuestro.
[85] WELZEL, Hans. Derecho Natural y Positivismo Jurídico. Óp. Cit. p.33.
[86] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. 45 - 63.

en la legitimación de la arbitrariedad – el puro poder- disimulada bajo la apariencia del derecho positivo y formal.

> *"En la última generación hemos visto declarar como* derecho *algo que, sin embargo, era a menudo sólo* poder *mal disimulado y que hasta incluso se manifiesta abiertamente como poder, es decir, como el "derecho" del* poder. *E inversamente, ¡cuán a menudo hemos sentido también la impotencia del derecho!*[87]

Este ambiente de arbitrariedad, *per se*, es adverso a la idea de derecho, "*una época del miedo no puede ser una época del derecho"*. Por ese motivo, Welzel recoge la idea de Bentham en el sentido de que *"el derecho es la seguridad de las expectativas"*; es decir, la visión de la seguridad como la finalidad principal del Derecho[88]. Efectivamente, siguiendo a Bentham, Welzel reconoce que:

> *"El derecho garantiza la conservación de aquello que está ya dado en la expectativa. Pero al otorgar de esta manera seguridad en el futuro, exige también de nosotros confianza en el futuro"*[89].

Resulta oportuno enfatizar la atención que pone Welzel en los escritos de Bentham para sustentar su idea sobre la necesidad del derecho positivo como derecho real – esto es, lo que llamaremos el Derecho como "*Poder Ordenador"* -, y que enlazará audazmente con una particular lectura de autores como Aristóteles, Hobbes y Kant.

De esta manera, la idea del Derecho como un *Poder Ordenador* está presente en toda la obra de Welzel. Así, de Hobbes tomará la necesidad apremiante de que el Derecho sea el medio por el cual el caos y el dolor, características propias del estado de naturaleza, desaparezcan.

---

[87] Ídem. pp. 45-46.
[88] Cfr. BENTHAM, Jeremy. *Principles of the Civil Code*. Part. 1: Objects of the Civil Law. Disponible en: https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/pcc.pa01.c07.html
[89] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. p. 47.

Rápidamente, podemos ver que esta misma idea está presente en la obra de Bentham, al comentar la relevancia del *Principio de Seguridad* en el Derecho:

> *"Con el fin de estimar correctamente este gran beneficio del Derecho, sólo es necesario considerar la condición de los salvajes. Ellos luchan sin cesar contra el hambre, que a veces corta en pocos días naciones enteras: la rivalidad con respecto a los medios de subsistencia produce entre ellos las guerras más crueles; y como las bestias más feroces, los hombres persiguen a los hombres, para que se alimenten unos de otros."*[90]

Al observar este párrafo, es innegable pensar que Welzel, al momento de escribir su obra, rescata la vigencia de Bentham para desarrollar su pensamiento filosófico jurídico de cara a las terribles experiencias dejadas por la Primera y la Segunda Guerra Mundial, aquellas que giran alrededor de un tema trascendental: la dignidad de la persona humana y su agravio a causa de la corrupción del Derecho, como consecuencia, a su vez, de la tergiversación de su verdadero significado por parte del poder arbitrario. He aquí, precisamente, donde reside la principal problemática de toda la obra de Welzel y su encrucijada por intentar armonizar la doctrina del Derecho Natural con el Positivismo Jurídico. El Derecho es crucial para que la existencia del hombre sea posible y, sobre todo, dotada de sentido. Parafraseando a Jeremy Bentham: *"El Derecho no le dice a un hombre: "Trabaja y yo te recompensaré; sino, "Trabaja y yo te aseguraré los frutos de tu trabajo, su natural y suficiente recompensa, la cual, sin mí, tú no podrías preservar*"[91].

Sin embargo, para que el Derecho, en su relación con el poder, cumpla con asegurar las expectativas de las personas, es preciso que también sea *poder* y poder justo, lo cual, de acuerdo con Welzel, únicamente podrá ser posible con un *deber ser trascendente*. Así, Welzel ofrece

---

[90] BENTHAM, Jeremy. *Principles of the Civil Code*. Part. 1: Objects of the Civil Law. Op. Cit. Disponible en: https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/pcc.pa01.c07.html.
[91] Ídem. Disponible en: https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/pcc.pa01.c07.html

dos razones que justificarían la necesidad de que el Derecho sea, además, *poder*: la antropología del hombre y el aspecto normativo o la sociabilidad histórica del hombre[92], las cuales, a continuación, pasaremos a discutir.

1.2.1.2.EL DERECHO COMO *PODER ORDENADOR*

Cuando Welzel habla del Derecho como *poder*, está refiriéndose no al sentido distorsionado del *poder* (arbitrariedad), sino en el sentido de un *Poder Ordenador*, lo cual nos lleva a referirnos al tema del *deber ser* y la validez del Derecho.

Efectivamente, en *"El problema de la validez del Derecho*", Welzel aborda la discusión en torno a estos dos temas fundamentales[93]. En su disertación, si bien no lo afirma categóricamente, Welzel da a entrever que ambos conceptos están relacionados entre sí. De esta manera, asume la visión weberiana que distingue entre la validez jurídica (ideal) y la validez sociológica (empírica); así, mientras la primera se identifica con un *deber ser* lógico normativo, la segunda es un juicio empírico de probabilidad sobre unos hechos[94].

Ahora bien, la validez jurídica conlleva a la idea de que aquellos que se encuentran sometidos al Derecho tienen la convicción de que éste es obligatorio. Así, refiriéndose a una cita de Adolf Merkel, Welzel nos recuerda:

> *"Todo grupo humano dominante necesita, a la larga, vivir en la creencia de que sus principios jurídicos fundamentales, y por medio de estos también simples preceptos del Derecho, poseen una fuerza de obligar general que vincula también a los súbditos".*[95]

---

[92] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. p.48.
[93] En: WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.pp. 135-176. p.145.
[94] Ídem. p.151.
[95] Ídem. p.152.

Este reconocimiento es una de las dimensiones del Derecho positivo necesarias para su existencia, aunque no es la única, toda vez que aquél también requiere de la efectividad y la legitimidad para existir. De este modo, Welzel sostiene que en el proceso de elaboración del Derecho hay dos momentos: el legislativo en el cual el mandato legal es *producido*, y el del reconocimiento de la norma.

En este orden de ideas, es preciso señalar que, respecto al proceso de elaboración del Derecho, Welzel se mantiene fiel a su visión kantiana del *deber ser* en el sentido de que admite que la producción normativa únicamente puede estar orientada por un "espíritu objetivo que vive históricamente", dada la incapacidad del hombre para conocer la naturaleza o el ser de las cosas en sí mismas; de este modo, concuerda con Kelsen al mencionar el carácter ficticio del *deber ser supremo*:

> *"El deber ser se convierte en un esquema de interpretación inventado, de acuerdo con el cual puede interpretarse todo Derecho positivo, es decir, todo orden coactivo que sea efectivo en general, como un orden objetivamente válido, normativamente obligatorio. Puesto que, debido a carácter ficticio, inventado, de la norma fundamental (del deber ser supremo) toda la serie de obligación y de justificación (incluida la "legitimación"), que se deriva de ella, asume un carácter también ficticio: se convierte en la "superestructura ideológica especializada de lo real (Theodor Geiger). La legitimidad desaparece absorbida por la efectividad: el Derecho es "una determinada organización de la fuerza"*[96]

De esta manera, Welzel admite la historicidad del *deber ser trascendente* presente en todo derecho real y existente (es decir, positivo); y por otro lado, cualquier derecho que tenga la pretensión de tener un carácter y un contenido permanente (léase, derecho natural)

[96] Ídem. p.171. El subrayado es nuestro.

simplemente es un derecho *ideal* que no tiene correlato en la realidad concreta y fáctica, no existe, por lo que se pone en tela de juicio el carácter jurídico del mismo.

Por consiguiente, llegamos a un escenario donde es posible el relativismo moral en cualquiera de sus formas: o todas las "éticas" valen lo mismo o "no hay ninguna ética que valga" (si es que no se llega al sinsentido de que no existe la "ética"); tanto el "ascetismo de los valores" como el "relativismo de los valores" son posibles.[97] Al respecto, cabe indicar que Welzel tiene una visión crítica, toda vez que considera que incluso la perspectiva filosófica pretenciosa de asumir una postura axiológica ascética, escéptica o aséptica es también *"una toma de posición de determinados valores"*.[98] Sin embargo, cualquiera de estas posibilidades – pluralismo jurídico o nihilismo jurídico - generan la incertidumbre sobre qué es lo justo y cuál es el Derecho válido o justo.

Ante esta situación, Welzel construye su propia postura a partir de las ideas de Hobbes y de Kant. Así, del pensamiento hobbesiano tomará la idea de la importancia de la voluntad y la fuerza para crear el orden y el establecer el Derecho, tal como es posible apreciar en las siguientes líneas:

> *(...) desde el punto de vista de la ética social, no hay ninguna formulación universalmente válida y supratemporal acerca de lo justo; siempre y cuando uno no quiera conformarse con frases formales y vacías de contenido tales como: haz el bien, evita el mal y otras semejantes. Pero sólo considerando las particularidades históricas, es decir, los datos de un conjunto de circunstancias empíricas y condicionadas temporalmente, puede decirse cuáles órdenes sociales concretos son los justos; y en este caso, la afirmación es sólo válida para el período durante el cual estas circunstancias se mantienen. Ningún concepto a priori puede decir con obligatoria univocidad cuáles circunstancias deben ser consideradas aquí*

[97] Cfr. p.166 – 167.
[98] Ídem. p.167.

y cómo deben ser ordenadas y limitadas dentro del todo; esta cuestión está siempre expuesta a la duda y a la discusión de opiniones de cada generación. Pero si se quiere llegar a un orden social unitario para un grupo numeroso de hombres, es decir, a una comunidad jurídica unitaria, es necesario resolver autoritariamente la diferencia de opiniones acerca del tipo de ordenación. Esto se realiza mediante el derecho positivo que tiene el poder de imponerse frente a las concepciones divergentes".[99]

Efectivamente, en el esquema filosófico propuesto por Welzel, quien está llamado a establecer el Derecho es la voluntad de la instancia supraindividual por antonomasia, el Estado, ya que posee *auctoritas* y, por tanto, mediante la coacción (fuerza) puede establecer el *orden* dentro de una sociedad antes de la definición de los valores fundamentales que regirán a todos sus miembros. Precisamente, el solo acto de imponer el orden a través de la fuerza constituye en sí mismo una decisión que responde a un sistema de valores que buscan legitimarse como *orden justo* ante un grupo social. Así, se cumple la lógica del *"protego, ergo obligo"* por la cual el Derecho es expresión del *Poder Ordenador*.

De otro lado, Welzel asume la idea kantiana de persona, entendida como sujeto responsable y esencialmente libre que goza siempre de la condición de fin en sí mismo y nunca como medio, de tal suerte que, en un contexto en el que la naturaleza de las cosas es incognoscible o subjetivo, lo único absoluto resulta ser la libertad individual. Por tanto, este ingrediente constituirá aquello que definirá un *orden justo* en la mirada de Welzel.

No obstante, la línea de pensamiento de Welzel acarrea un fuerte riesgo para la seguridad e integridad de la persona humana, puesto que el *Poder Ordenador* está sujeto a las fuerzas de la Historia y éstas, a su vez, a la libertad individual. En su intento por intentar elaborar una propuesta filosófica que busque evitar repetir las barbaries cometidas por el comunismo y

[99] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. p. 50. El subrayado es nuestro.

el fascismo a través del positivismo e idealismo jurídicos, Welzel incluye la variable kantiana de la libertad individual como aquel elemento que hace del ser humano un fin en sí mismo, y lo constituye en el principal baremo ante la arbitrariedad y el poder ilimitados. Desafortunadamente, la Historia ha demostrado en las recientes décadas que el paradigma de la libertad individual enarbolado por la democracia liberal también puede acarrear iguales e incluso peores riesgos para la persona humana.

Más aún, no está demás afirmar que la vigencia de este paradigma encierra una antinomia en sí misma, debido a que para que ésta sea efectiva, depende y requiere del Estado, con lo cual Welzel pone el énfasis en la labor que desempeña éste – y, sobre todo, en su poder para imponerse - para alcanzar un alto grado de formación moral de la sociedad, antes que en el conocimiento y la observancia de un conjunto de valores o bienes eternos de naturaleza trascendental que conformarían el Derecho Natural.

En conclusión, la libertad individual pende nuevamente de la capacidad y el poder del Estado para crear espacios que permitan su desarrollo sin límites, toda vez que en la visión kantiana la libertad individual es lo único absoluto. En la lectura filosófica de Welzel, podemos notar que así como a nivel individual, la ley moral se ha de buscar en uno mismo, en el ámbito supraindividual, esta lógica se traslada al Estado, el cual es el único con la voluntad y la fuerza para conseguirlo, tal como lo refiere con la siguiente cita de Kant: *"No se ha de esperar de la moralidad una buena constitución del Estado, sino que, más bien, a la inversa, ha de ser de esta última de la que ante todo se ha de esperar la buena formación moral de un pueblo"*.[100]

[100] WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho. p. 176. En: WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Op.Cit. 255 pp.

1.2.1.2.1. ANTROPOLOGÍA FILOSÓFICA

Ahora bien, desarrollaremos la primera razón que ofrece Welzel para afirmar que el Derecho debe ser *Poder*; es decir, la constitución del hombre o antropología. Dado que ya nos hemos referido a ella extensivamente en el apartado referido a la naturaleza humana, nos limitaremos a subrayar que Welzel asume una mirada hobbesiana (negativa o pesimista) del hombre caracterizada por una visión de la naturaleza humana como *physis* y, simultáneamente, considera que en vista de que, a diferencia de los animales, sus reguladores de conducta no le son dados de manera biológica, requiere construir él mismo su propio *sistema de acción mediante disposiciones humanas desprovistas de determinaciones detalladas de realización*[101]. El hombre es creador del orden.[102]

Sin embargo, antes de pasar a explicar las disposiciones humanas que contribuyen a que el hombre pueda crear su propio sistema de acción, es necesario indicar que, en el esquema filosófico de Welzel, ello únicamente puede ser posible gracias a las cuatro nociones supratemporales que conforman la idea o categoría del Derecho Natural; a saber: *primero*, el deber ser incondicionado; *segundo*, el sujeto responsable; *tercero*, el carácter ordenado del obrar ético social; y *cuarto*, la concordancia de los órdenes ético-sociales. Como hemos indicado previamente, aquí el Derecho Natural ya no está definido como un verdadero derecho, sino como una pura categoría kantiana que sirve de marco de referencia para un grupo social dentro de un espacio y tiempo determinados. Es pues, una genuina superestructura ideológica.

Ahora bien, debemos puntualizar que las disposiciones humanas asumen la forma de estructuras lógico-objetivas, las cuales son tres: el concepto ontológico de la acción humana; la

---

[101] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. p.48.
[102] DONNA, Edgardo. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo. Homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. En: CEREZO MIR, José. Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Primera Edición. Rubinzal Culzini Editores, Buenos Aires, 2005. pp. 67 – 94.

culpabilidad y su error de prohibición; y la participación. Todas ellas son transversales a todo el sistema jurídico e informan al operador jurídico sobre una determinada manera de regulación.

Dentro de estas estructuras lógico-objetivas, destaca la acción humana por su conexión con la libertad del hombre y su importancia para crear una existencia dotada de sentido, punto central del esquema filosófico de Hans Welzel. Así, la acción es definida por Welzel como: *"la actividad de la intención humana"*[103]; y a continuación, agrega:

> *"Hacer real las intenciones significa utilizar medios factores causales del mundo externo, los cuales hacen real un preciso resultado como meta – en esto consiste básicamente la especialidad de la acción humana, mediante la cual se resalta el accionar sobre cada sencillo proceso causal".*[104]

Ergo, la estructura de la acción, además de ser final es, a la vez, superior a la causalidad. Por lo tanto, en el esquema filosófico de Welzel, ambos son conceptos ontológicos.[105] En esa misma línea, consideramos que se cumple aquello que Edgardo Alberto Donna señala en relación con la estructura final de la acción; a saber:

> *"La finalidad, entendida en este sentido, no puede ser inventada sino encontrada. <u>Sólo el hombre puede prever y regular su intervención en el mundo, dentro de ciertos límites</u>. En este sentido, esta idea de finalidad comprende primero el colocar el fin y luego buscar los medios para el logro de ese fin. Y es en este punto en donde el autor debe buscar aquellos medios adecuados al fin, así como medir las consecuencias necesarias como para llegar a ese fin. En caso de que ese fin no se concrete, se tiene la acción final tentada."*[106]

---

[103] WELZEL, Hans. Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Lôw, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2003. p.30.
[104] Ídem. p.30.
[105] DONNA, Edgardo. El pensamiento de Hans Welzel… Op. Cit. p.85
[106] Ídem. p.86. El subrayado es nuestro.

En relación con ello, Welzel insiste en que mientras que la causalidad es ciega, la actividad final – la acción – es vidente, puesto que un hecho causal únicamente puede ser producido o generado por una voluntad dirigida a una finalidad querida por *alguien*. Por ejemplo, las transferencias bancarias sospechosas realizadas entre dos empresas *off shore* (hecho causal) que causan el ingreso de activos ilícitos, provenientes de la realización de actos de corrupción de funcionarios, en el tráfico legal financiero (efecto) únicamente puede ser producido por una voluntad que quiere hacerlo, la cual puede ser del congresista corrupto *"lavador de activos"* que se vale de agentes del sistema financiero para lograr sus fines contrarios al Derecho.

Con ello, Welzel (re) descubre la importancia de la llamada "imputación a la libertad", a la que también se le llama "imputación normativa" y cuyo fundamento presupone la libertad del individuo entendido como el sujeto responsable kantiano; es decir, de aquel que adecua su actuar conforme al *deber ser trascendental* y éste, a su vez, implica el reconocimiento del individuo como un fin en sí mismo. La centralidad de esta idea en el pensamiento filosófico de Welzel es de tal relevancia que éste afirma: *"lo único que puede considerarse como "naturaleza racional" del hombre es el correlato personal del deber ser incondicionado; es decir, el sujeto responsable"*[107].

Por otro lado, la superioridad de la acción final sobre la causa trae como consecuencia, al mismo tiempo, la ventaja que tiene la imputación a la libertad sobre la imputación causal, ya que en ésta la relación causal está compuesta por causa y efecto, en donde cada causa debe ser entendida como un efecto de otra causa, y cada efecto debe ser entendido en sí mismo como

[107] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.254.

una causa de otro distinto; tras lo cual, todo acontecimiento concreto es, en realidad, un corte deliberado en un conjunto infinito de series causales[108].

Así, Welzel asume una visión kantiana de la libertad concebida como "un objeto trascendental de la categoría de la causalidad, al que la razón práctica procura la realidad". Esta idea adquiere más sentido cuando el hombre es visto como causa libre de su propia acción, toda vez que su voluntad se ha formado libremente. Por el contrario, cuando la acción proviene de la fuerza o la coacción, la causa de su acción no se encuentra en el hombre, en tanto que su voluntad ha sido suprimida o coaccionada.[109]

En suma, la acción como estructura lógica – objetiva es *lógica,* en tanto constituye un concepto fuerte de la causalidad pues sólo la acción realizada libremente adquiere y tiene sentido (y con ello, dotar de sentido a la existencia humana), mientras que es *objetiva* tanto por la referencia a los elementos fácticos de la acción, como, principalmente, por el lugar protagónico que posee la libertad individual en la autonomía ética del hombre.

Finalmente, podemos advertir en el esquema filosófico de Welzel que, mientras las nociones supratemporales son necesarias para configurar, en un nivel macro, un marco institucional favorable a la existencia de un Derecho válido, es decir, cuyo fundamento resida en el reconocimiento de la libertad individual como valor máximo de una sociedad, las estructuras lógica – objetivas son necesarias para permitir, en un nivel micro, la identificación y diferenciación de las conductas y acciones libres de las que no lo son; de tal forma que solamente las primeras serán relevantes para el Derecho, en general, y para el Derecho Penal, en particular.

---

[108] DONNA, Edgardo. El pensamiento de Hans Welzel: entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo. Homenaje a Hans Welzel a 100 años de su nacimiento. Op. Cit. p.87.

[109] Al respecto, Edgardo A. Donna, al referirse a la primacía conceptual de la noción de acción sobre causalidad, afirma que: 1) la explicación de la acción no puede ser reducida a una explicación causal sin pérdida de significado; 2) la noción de causa tiene que ser analizada a partir de la noción de acción; y 3) la noción paradigmática de acción es la acción intencional y ello requiere la posibilidad de haber actuado de manera diferente.

1.2.1.2.2. EL ASPECTO NORMATIVO

El segundo motivo por el cual Welzel afirma que el Derecho debe ser *poder* (*Poder Ordenador*) es el aspecto normativo, en el sentido de que la sociabilidad del hombre no es natural, sino artificial o histórica. Todos los órdenes sociales han adoptado una particular configuración en cada momento del espacio – tiempo, a lo largo de la trayectoria de la Historia. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en la visión de Welzel no se admite un concepto permanente de lo justo, el nivel de justicia de cada orden social deberá ser analizado y juzgado conforme a las formulaciones supratemporales de lo justo existentes en un momento determinado del espacio – tiempo. De esta manera, Welzel señala:

> *"(...) sólo considerando las particularidades históricas, es decir, los datos de un conjunto de circunstancias empíricas y condicionadas temporalmente, puede decirse cuáles órdenes sociales concretos son los justos; y en este caso, la afirmación es sólo válida para el período durante el cual estas circunstancias se mantienen."*[110]

Dado que Welzel sigue a Kant en el sentido de que no es posible conocer el ser de las cosas, sino que las apreciamos tal cual se nos aparecen, tampoco es posible conocer cuál es el orden justo; por lo que este tema siempre será susceptible de la discusión de diversas opiniones existentes en cada generación, con lo cual se abre el espacio al pluralismo jurídico, concebido como la convivencia de distintos órdenes jurídicos, formales e informales, existentes entre diversas sociedades y en el interior de ellas.

Sin embargo, este nuevo escenario acarrea un grave riesgo para la nueva generación de caos y violencia, por lo que Welzel resalta que, si se desea lograr "*un orden social unitario para un grupo numeroso de hombres, es decir, a una comunidad jurídica unitaria, es necesario*

[110] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. p.50. El subrayado es nuestro.

resolver autoritariamente la diferencia de opiniones acerca del tipo de ordenación."[111] Ello es posible mediante el derecho positivo, puesto que tiene la capacidad para imponerse ante concepciones divergentes.

Al formular esta idea, Welzel parece haberse adelantado a la cuestión de la entronización de los Derechos Humanos en el marco de los dos grandes procesos que han marcado el fin del siglo XX: la globalización y la democratización, así como una ideología aún crédula en el progreso material y el último hombre, como principales productos del llamado fin de la Historia.

1.2.1.3.EL PODER DE CONFIGURAR LA REALIDAD

Como consecuencia de las dos razones por las que el Derecho debe ser también *Poder Ordenador*, es posible apreciar que el Derecho en Welzel tiene una finalidad esencial: la configuración de la realidad concreta a través de la búsqueda progresiva de la justicia, conforme a las particularidades de cada contexto histórico social.

En este escenario, no existe ningún valor *per se* que pueda orientar dicha búsqueda, por lo que será el propio hombre quien, a través del ejercicio de su libertad individual, elegirá los valores que más le convengan para crear su propio *telos*. De esta manera, en el esquema filosófico de Welzel, el hombre queda encerrado en sí mismo. Por consiguiente, el *deber ser trascendental* debe ser buscado en el interior del individuo, a partir del reconocimiento de lo único "objetivo" existente: la libertad individual y su rol en la autonomía ética del mismo, cuyo más importante axioma es tratar al individuo como un fin en sí mismo, y jamás como un medio; sólo cuando esta ley kantiana es quebrada no hay Derecho.

---

[111] Ídem. p.50.

Así también, en este marco lógico el Derecho Penal posee un rol crucial pues, más allá de castigar el llamado desvalor del resultado tipificado en la forma de un "delito" mediante la ley positiva, es el encargado de custodiar y garantizar la preservación del orden axiológico que rige una sociedad concreta, real, en un momento particular del contexto histórico que la enmarca.

1.3.EL DERECHO NATURAL COMO ORDEN PURAMENTE IDEAL

Hasta este momento, hemos descrito el pensamiento filosófico de Hans Welzel en relación a su discusión crítica en torno al significado del Derecho Natural, luego del cual hemos presentado la postura que adopta al respecto a través de sus estudios acerca del Derecho Positivo, así como de la antropología filosófica subyacente al mismo; es decir, la concepción de la naturaleza humana como *physis*, lo cual resulta ser un elemento funcional para la construcción de su esquema filosófico asentado en una visión kantiana, relativista e historicista, de la realidad y el hombre.

Bajo este marco conceptual, el Derecho Natural es simplificado a una forma de superestructura ideológica necesaria para la existencia, más o menos pacífica, de diversos órdenes sociales concretos. A pesar de ello, la idea del Derecho Natural resulta insuficiente para asegurar efectivamente la preservación de dicha superestructura ideológica, razón por la cual, Welzel acude al Derecho Positivo, pues reconoce en éste una característica fundamental para ello: su capacidad para imponerse gracias a la "claridad" y "precisión" con que puede presentarse y ser reconocido por los destinatarios de la norma jurídica positiva, la cual es reflejo de un orden social determinado. Lo que el derecho positivo parece ganar en certeza, inclusividad y popularidad, lo pierde con el sacrificio de la verdad, permanencia y contenido axiológico, elementos propios del Derecho Natural.

Sin embargo, el Derecho Positivo tampoco escapa a los riesgos que, según Welzel, implicaba el carácter "ideal" del Derecho Natural, ya que ambos pueden terminar siendo manipulados por el poder y, peor aún, sirviendo al poder entendido como arbitrariedad.

De esta forma, la Historia ha corroborado el punto, aparentemente, débil en la doctrina del Derecho Natural: la definición del contenido de "naturaleza humana", susceptible a los vaivenes e intereses de las clases políticas déspotas, racistas y segregacionistas. Empero, ello es originado por la decisión de Welzel de asumir una concepción de naturaleza humana entendida como *physis*; en tal sentido, su sistema filosófico está caracterizado por una relación de independencia entre *physis* y *nomos*, en la que el primero es la persona responsable y el segundo es el *deber ser trascendente*.

Asimismo, la Historia también demuestra que, ante la pretensión del Derecho Positivo de mostrarse como axiológicamente aséptico, ello ha dado lugar a que sea el poder político, sea un sujeto individual o uno colectivo, quien defina qué es lo justo o, peor aún, quién es persona y quién no.

Por último, en la propuesta filosófica de Welzel, el Derecho Penal aparece como la perfecta síntesis entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, en el sentido de que constituye el guardián real y efectivo de los valores ético – sociales elementales de una sociedad concreta, consagrados por la ley penal y reconocidos por sus destinatarios como legítimos en un momento del espacio y tiempo históricos.

1.4.EL DERECHO PENAL EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE HANS WELZEL

En su libro *Derecho Penal Alemán*, Hans Welzel empieza definiendo el Derecho Penal como *"aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción*

delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad"[112]. En ese sentido, entiende al derecho penal en de dos maneras distintas: como ciencia sistemática y como ciencia práctica. Así, en tanto ciencia sistemática, constituye la base para una administración igualitaria y justa, previniéndola de una aplicación arbitraria o antojadiza, mientras que, como ciencia práctica, constituye una teoría del actuar humano justo e injusto, vinculándose directamente con la filosofía práctica.[113]

Ahora bien, Welzel asume una postura filosófica emparentada con el neokantianismo y a la filosofía de los valores para dar respuesta a la pregunta sobre cuál es la misión o finalidad del Derecho Penal. De esta manera, sostiene que *"misión del Derecho Penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad"*.[114]

Para llegar a esa conclusión, Welzel reconoce que toda acción humana está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes: el valor del resultado de la acción humana y el valor del acto o de la actividad humana considerada en sí misma.[115] Ambos aspectos valorativos son relevantes para el Derecho Penal, aunque el valor de la acción tendrá un lugar preferente en la propuesta filosófico - jurídica de Welzel:

> *"El objeto primario del derecho penal es el desvalor de la acción, el cual abarca también de forma otoria al desvalor del resultado (en los delitos de resultado). De todas formas, no es necesaria la conexión entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado"*[116]

De este modo, Welzel afirma que para proteger determinados bienes vitales para la comunidad – bienes jurídicos tales como la vida, la salud, la libertad, etc.-, el Derecho Penal sanciona su lesión [desvalor del resultado] con determinadas consecuencias jurídicas. Es decir,

---

[112] WELZEL, Hans. Derecho Alemán. 3era Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987. p.11.
[113] Ídem. p.11.
[114] Ídem. p.11.
[115] Ídem. p.11.
[116] WELZEL, Hans. Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Lôw. Editorial BdeF, Buenos Aires, 2003. p.60. El subrayado es nuestro.

que para proteger al bien jurídico del desvalor causado mediante su lesión [desvalor de resultado], se recurre previamente a la punición del desvalor del acto o de la actividad humana; es decir, de la conducta típica, antijurídica y culpable, independientemente de la producción de resultado o no.

Dado que los bienes jurídicos pueden ser lesionados o no mediante la realización de la conducta delictiva, no es posible afirmar que la primera función del Derecho Penal sea la protección de bienes jurídicos – función preventiva - ya que, si reducimos el derecho penal a la mera aplicación de la pena luego del momento de la realización de la conducta delictiva, apreciaríamos que la llamada "protección" de los bienes jurídicos otorgada por derecho penal deviene simplemente en ineficaz.

En consecuencia, la esencia del Derecho Penal es el aseguramiento de la vigencia de los valores del actuar ético – sociales arraigados en la conciencia jurídica de los individuos que componen una comunidad y que han sido positivizados por la norma jurídica penal. Estos valores constituyen el fundamento último en el que se fundamenta el Estado y la sociedad, de ahí que el Derecho Penal recurra a la prohibición de su lesión a través de la prohibición de la conducta o actividad que tenga por finalidad ello, y del establecimiento de la pena en caso de que el resultado lesivo se haya producido, con el fin de comunicar a la sociedad la continuación de la vigencia de la norma quebrantada.

1.4.1. LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

En su *"Manual de Derecho Penal: Parte General"*, Hans Welzel reconoce que: *"es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción) y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales*"[117]. Así,

[117] WELZEL, Hans. Manual del Derecho Penal: Parte General. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956. p.5.

el bien jurídico es concebido como un bien vital del grupo o del individuo y que, en razón de su significación social, es amparado jurídicamente.

Ahora bien, esta protección se efectiviza de dos maneras distintas, lo cual responde a las dos funciones que Welzel atribuye al Derecho Penal: la función ético – social (*Derecho Penal Retributivo*) y la función preventiva (*Derecho Penal de Seguridad*), las cuales pasamos a detallar a continuación.

El Derecho Penal Retributivo consiste en la delimitación de las llamadas "figuras típicas" que sancionan con una pena retributiva, de acuerdo con el grado de culpabilidad del autor, conductas humanas realizadas libremente (acciones finales) que, más allá de que hayan acarreado la producción de un resultado, son consideradas lesivas para bienes que son interiorizados por una sociedad como valores ético – sociales legítimos.

En contraposición, lo que distingue al Derecho Penal de Seguridad es el hecho de estar dirigido a un sujeto considerado altamente peligroso, debido a que no es capaz de internalizar el orden ético - social vigente en ninguna circunstancia; por ello, no es posible ser considerado "sujeto responsable". Más aún, podemos advertir que ha perdido su estatus de *persona*, por lo que el Estado requiere imponerle una medida de seguridad juntamente con la pena.

Hasta aquí, hemos presentado el esquema filosófico de Hans Welzel. En el siguiente capítulo de nuestra investigación, abordaremos las críticas a su pensamiento desde el planteamiento antropológico de Leonardo Polo.

CAPÍTULO 2

CRÍTICA AL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO DE HANS WELZEL: UNA PROPUESTA DESDE LEONARDO POLO

2.1. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente capítulo es realizar una propuesta de crítica al pensamiento filosófico jurídico de Hans Welzel, en relación con su visión sobre el Derecho Natural. Para ello, acudiremos a la obra del filósofo y jurista español Leonardo Polo por considerarla el estudio contemporáneo más completo sobre la antropología filosófica con base en la tradición clásica de Tomás de Aquino.

En ese sentido, las principales críticas a formular contra el pensamiento filosófico de Hans Welzel giran en torno a las simetrizaciones heredadas de la filosofía de Kant, las cuales acarrean serias implicancias en la "antropología filosófica" empleada y que pueden ser agrupadas en tres ejes temáticos: el *primero*, concerniente a la expoliación de la naturaleza humana (*physis*) en el planteamiento filosófico de Welzel; el *segundo*, la noción kantiana de *deber ser* y la expoliación del Bien; y el *tercero*, referente a la idea del Derecho como poder.

Asimismo, las simetrizaciones incurridas por la "antropología filosófica" de Welzel conllevan a hondas consecuencias respecto a la forma en cómo es concebido el Derecho Penal por parte de Hans Welzel, e incluso por parte de Günther Jakobs en la actualidad; especialmente, en cuanto a la función que desempeña la ley penal ante la sociedad.

2.2. EL PROBLEMA ANTROPOLÓGICO EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE HANS WELZEL

El principal aspecto que criticar en el pensamiento filosófico jurídico de Hans Welzel es la antropología filosófica utilizada para sustentar todo su planteamiento acerca de la doctrina del derecho natural. Efectivamente, son dos los puntos susceptibles de discusión y crítica, toda vez que implican el empleo de definiciones conceptuales erróneas, imprecisas o insuficientes que conllevan la construcción de una propuesta filosófica del derecho natural caracterizada por un marcado acento idealista. A saber, estos son: la noción de *physis* como la naturaleza humana; y la noción de persona.

2.2.1. LA EXPOLIACIÓN DE LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) EN EL PLANTEAMIENTO FILOSÓFICO DE HANS WELZEL

En toda su obra filosófica vinculada al estudio del Derecho Natural, Welzel hace referencia al concepto de *physis* para intentar explicar la naturaleza humana como fundamento de aquel. En efecto, critica el concepto de *physis* en el sentido sofístico, el cual permite la elaboración y asimilación de una perspectiva física (materialista) o empirista - biologicista de persona, pues es consciente que el hombre no sólo es una realidad corpórea.

Sin embargo, Welzel fracasará en su intento por averiguar el verdadero significado de la naturaleza humana, razón por la cual la dejará de lado y tomará el concepto kantiano de *deber ser*[118], el cual admite un contenido en constante cambio sujeto a las fuerzas de la Historia, y a partir del cual asumirá una definición de *persona responsable* cuyo rasgo particular es su capacidad para autodeterminarse conforme a ese *deber ser*, lo que presupone una lectura

[118] Cfr. Capítulo 1 de esta investigación.

kantiana de la libertad humana que traerá serias implicancias en la configuración de un relativismo moral que contraviene directamente la propia idea del Derecho Natural.

En suma, en su incapacidad por rebatir la noción de *physis* definida en términos físicos o cósmicos, Welzel suprime la *physis* en su planteamiento filosófico jurídico, y el hombre es prácticamente reducido a sola libertad; es decir, cae en una suerte de espiritualización o idealización al entenderlo como un ser "libre" gracias a la razón práctica en el cumplimiento del *deber ser trascendente*, considerado como lo efectivamente normativo. Sin embargo, a continuación, pasaremos a exponer nuestras principales observaciones respecto de esta concepción.

2.2.2. REDESCUBRIMIENTO DEL SENTIDO REALISTA DE LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*)

Leonardo Polo fue un filósofo español dedicado a la antropología filosófica y al estudio de la persona humana. En ese sentido, en su libro *Antropología Trascendental*, destaca el fundamental aporte de la filosofía cristiana, de raíz tomística, para el estudio del hombre, así como para la distinción conceptual entre la definición de *persona* y la de *naturaleza humana*.[119]

En primer lugar, en el libro *La libertad trascendental*, Polo alude al término *physis* para hablar de la naturaleza humana, Efectivamente, Polo empieza a explicar el sentido original que la palabra *physis* tiene entre la Antigüedad Griega, destacando que *"la noción de naturaleza en su misma clave griega es el comenzar íntimamente genérico y, por tanto, la physis tiene más*

[119] "En la filosofía cristiana se intensifica el estudio del hombre: se descubre que el hombre no sólo es naturaleza, sino también persona. En principio, la persona es un tema teológico. En teología dogmática se habla de las Personas divinas al estudiar la Trinidad, y de la unión hipostática de dos naturalezas en la Persona de Cristo. Con ello queda claro que la persona es distinta de la naturaleza humana. También en teología se propone que el hombre es persona". POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Tomo I: La persona humana. EUNSA, Navarra, 2003. Pp. 78-79.

connotaciones biológicas"[120]. De esta manera, podemos observar que, de acuerdo con la explicación de Polo, la noción original de *physis* es naturaleza, entendida como idea que hace referencia a lo vegetal:

> *"Physis – phyton es una familia de términos que hacen referencia a lo vegetal, a lo botánico. Se podría distinguir, a su vez, entre naturalezas vivas vegetales, entre vida vegetativa, y naturaleza en el sentido de animado, que es la vida sensible. (...)"*[121]

En esa misma línea de argumentación, Polo continúa demostrando la importancia del sentido original de *physis* para la elaboración de una primera noción de fundamento, conectándolo con la idea de intimidad:

> *"La noción de fundamento primeramente fue captada como "brotar", el sentido primordial de physis, y lo que ha brotado se queda en el brotar de manera que lo nominal y lo verbal son un bloque. Esto es lo que significa physis para un presocrático. Esto es lo que significa "ente es" en Parménides: "ente" es un nombre, "es" es un verbo. "Ente es", "es" es el brotar del ente, el quedarse lo brotado en el brotar. Eso significa entidad; entidad es physis, un brotar quedando lo brotado en el brotar mismo, por lo tanto, íntimamente (...) Esta es la primera interpretación del fundamento".*[122]

Este sentido originario de *physis* contribuirá decididamente a la reflexión y comprensión del esclarecimiento del verdadero significado de la naturaleza humana por parte de Leonardo Polo. No obstante, Polo partirá analizando el sentido de *physis* en la filosofía griega antigua y, posteriormente, realizará una lectura crítica de ella y la perfeccionará, entendiendo a la *physis*, en el caso del estudio del hombre, como un rebrotar; como *además*:

---

[120] POLO, La libertad trascendental. Edición, prólogo y notas de Rafael Corazón. Cuadernos de Anuario Filosófico – Serie Universitaria. Nº178. Departamento de Filosofía. Universidad de Navarra, Pamplona, 2005. p.47.
[121] Ídem. p.47.
[122] Ídem. p.123. El subrayado es nuestro.

"Pero el hombre no es el brotar, es el rebrotar, es además. El además falta en el "ente es": el "ente es" es únicamente ente porque brota y se queda ahí plantificado, plasmado como tal, consistencia entitativa en virtud de su propio acto y por eso no se desperdiga. Esto es espléndido, es la consistencia, pero no es el además. Al hombre no le basta con ser sí mismo, con consistir, sino que el hombre rebrota, da de sí, el hombre sobra. El hombre, por así decirlo, se expresa, es una realidad efusiva. La physis no es efusiva, se queda parada, es ese sentido estante de una génesis, un fundar en que lo fundado es intrínseco en el fundar mismo y, por tanto, está intrínsecamente fundado. El hombre no, como ser-con es una intimidad, pero no una intimidad que se queda encerrada sino una intimidad en apertura, una intimidad que siempre vuelve a brotar y por lo tanto se desborda es efusiva. Pues bien, lo mismo da decir co-existir que además, y de esta manera se amplía el trascendental."[123]

Si bien de la lectura del presente texto podría pensarse que la *physis* es ajena al hombre, lo cierto es que en su libro *Lecciones de ética*, Leonardo Polo realiza una precisión al respecto e indica que, efectivamente, el hombre sí posee una *physis,* aunque es una *physis* distinta a la del cosmos:

"El hombre tiene una physis propia y distinta de la physis del cosmos. El hombre no pertenece al universo, es dual respecto de él, se añade al universo (...) El hombre es un ser que finaliza, y aquello que trata lo constituye como medio. El medio es algo que no descansa en sí mismo; el medio está en su uso. El hombre es, pues, una physis sorprendente y activa. Si entendemos al hombre como un ente intracósmico, perdemos su verdadera dimensión"[124].

[123] Ídem. p.123. El subrayado es nuestro.
[124] POLO, Leonardo. Lecciones de ética. EUNSA, Navarra, 2013. p.55. El subrayado es nuestro.

Precisamente, Polo dirá que la *physis* del hombre es *poiética*; es decir, creadora, efusiva, y en permanente apertura. Es el *rebrotar* al que hemos aludido líneas arriba, toda vez que:

> *"Al hombre no le basta la physis para ser capaz de usar. Tiene que organizar su physis. La relación medio-physis está más allá de una consideración genética, biológica, pues requiere una autoconfiguración. (...) El hombre como physis en su uso de medios tiene que configurarse más allá de su propia biología. El hombre como simple animal no es viable, no puede vivir como pura parte del mundo."*[125]

Al respecto, debemos enfatizar que, aunque la naturaleza humana (*physis*), en los términos planteados por Leonardo Polo, no está constituida por lo puramente biológico, no se puede pretender desconocer que esta realidad está presente en el hombre. En ese sentido, Polo reconoce que en la naturaleza humana (*physis*) se encuentran unidas una dimensión espiritual (*alma*) y una dimensión corpórea o somática (*cuerpo*), a la que se añade el ser personal.

> *"El hombre es un ser que posee lo que suele llamarse una naturaleza. En esa naturaleza están unidas una dimensión espiritual que se llama alma – un alma inmortal – y un cuerpo muy peculiar (...) El hombre es un microcosmos en el que se encuentra reunido lo intelectual, es decir, lo no físico, con el cuerpo. Ahora bien, el hombre no sólo es naturaleza corpórea y anímica, o anímico corpórea, sino que también es un ser personal"*[126].

En este sentido, Polo señala que, en virtud de que el hombre es un *ser personal* (es persona), es capaz de añadir a su naturaleza humana una dimensión efusiva o aportante; en otras palabras, es capaz de modelar su propia naturaleza humana (*physis*), a través de los hábitos

---

[125] Ídem. p.56. El subrayado es nuestro.
[126] POLO, Leonardo. Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos. Segunda edición. AEDOS, Unión Editorial, Madrid, 1997. p.92 El subrayado es nuestro.

buenos (*virtudes*) que pueden perfeccionarla, o de los hábitos malos (*vicios*) que pueden empeorarla o degradarla.

De esta manera, la propia acción humana revierte sobre la propia constitución del hombre, por lo que este solo hecho permite apreciar que el hombre es capaz de sobreponerse e imponerse a su propia naturaleza*,* tras lo cual, llegamos a la conclusión de que gracias a que el hombre es *ser personal,* no es solamente naturaleza humana (*physis*), sino que añade a ésta una dimensión efusiva y aportante, la misma que consiste en la resultante de su modelamiento; es decir, la esencia, de la cual hablaremos luego. Por lo tanto, hacemos nuestra la siguiente idea de Polo: *el hombre es más que naturaleza, el hombre es esencia. Por tanto, la esencia del hombre no es el cosmos"*[127].

Con ello, Polo está echando por tierra las filosofías que anclan sus bases en la consideración de la *physis* del hombre de manera idéntica a la *physis* del universo; es decir, aquellas perspectivas que reducen el hombre y su actuar al plano puramente físico y que consideran su actuar de manera mecánica; tales como el materialismo en su vertiente empirista, biologicista, marxista, liberalista, etc., y que sirven de sustento para la elaboración de diversas teorías que integran la dogmática del Derecho Penal de nuestros días, como el funcionalismo, el finalismo y el causalismo.

Asimismo, al destacar en su libro *"Antropología Trascendental"* los aciertos del planteamiento tradicional de la antropología, Polo hace referencia al aporte de Aristóteles en cuanto al tratamiento de la *physis* humana. Efectivamente, Polo rescata el descubrimiento aristotélico de un rasgo diferencial en ella: la capacidad posesoria, mediante la cual el hombre puede *tener* de tres maneras distintas: *con su cuerpo, con su operar cognitivo, e intrínsecamente de acuerdo con los hábitos intelectuales y morales*.[128] De esta manera, Polo continúa

[127] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op. Cit. 49 – 50.
[128] POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Tomo I: La persona humana. EUNSA, Navarra, 2003. P.83.

vislumbrando y esclareciendo la real dimensión de los alcances de la *physis* entendida como naturaleza humana, y su distinción respecto a la *persona*. Así, señala que la *physis* es común a todos los hombres, mientras que la *persona*, entendida como *cada quién,* es irreductible y distinta en cada uno de los hombres:

> *"El ser personal es el "quién" o "cada quién". En cambio, la naturaleza del hombre es, por así decirlo, común. Todos los hombres tenemos la misma naturaleza. Por tanto, si la noción de persona se aplica de modo común, no es verdaderamente designativa del ser humano. Si se toma "persona" como un término común, entonces todos somos "eso" que se llama persona: yo soy persona, tú eres persona, él es persona; pero si la persona se predica, se pierde de vista el "quién", es decir, la irreductibilidad a lo común (a lo general o a lo universal). La persona como "cada quién" se distingue de los demás por irreductible."*[129]

De esta manera, la persona es más que naturaleza humana y más que su esencia, aunque las abarca. Por consiguiente, el comportamiento de una persona no puede ser predecible.

Así, luego de haber señalado qué es la *physis* en tanto naturaleza humana, conviene ahora describir cómo es y en qué consiste ésta, para lo cual empezaremos haciendo nuestra la afirmación de Polo acerca de que *naturalmente el hombre es tendencial*[130].

2.2.2.1. LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) Y SU DIMENSIÓN ESPIRITUAL (*VOLUNTAS UT NATURA*)

Al respecto, en relación con el significado de "tendencia", cabe señalar que *lo característico de una tendencia en general es su orientación al fin sin poseerlo*[131]. Además, es

[129] Ídem. p.85. El subrayado es nuestro.
[130] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op. Cit. p.74.
[131] Ídem. p. 77

importante advertir que Polo reconoce que la tendencia puede existir de dos maneras: el simple tender (*voluntas ut natura*) y el tender con motivos o por fines (*voluntas ut ratio*), siendo éste el modo auténtico de vivir.[132] Ambas son fases de la voluntad, de las cuales, la *voluntas ut natura* se encuentra vinculada estrechamente con la naturaleza humana, pues constituye su tendencia; es decir, su potencialidad o acción imperfecta en tanto que movimiento ascendente que persigue la perfección que reside en el *lógos* entendido como fin, tal como está en el principio generador o primer motor.

> *"Voluntas ut natura significa el tender de la naturaleza en cuanto que tiende, pero no que la voluntad sea naturaleza. (...). La tendencia es la potencialidad de nuestra naturaleza, pero nuestra naturaleza antes que potencia es acto. La voluntad en todas sus fases nunca está sola, porque la voluntad es potencialidad, y se genera lo que nace, lo que va a crecer, no lo que es completo."*[133]

Ahora bien, la tendencia no posee su fin, sino que se dispara hacia él; por tanto, al llegar a la posesión de su fin, la tendencia cesa. Ello es así, en razón a que la tendencia tiene *su enclave en la naturaleza; y en cuanto que es generada tiene como fin a quien la generó*. *La forma de la naturaleza alude al fin que está en el generante*[134].

De esta manera, podemos advertir que la naturaleza tiene el carácter de creada o generada y que su fin es extrínseco a ella. Si bien esta afirmación puede abrir la discusión acerca de la existencia o no de Dios y su consideración como último y supremo fin, lo cierto es que tiene una ventaja metodológicamente científica, toda vez que, si admitimos la validez de la tesis contraria que alude a que la naturaleza creada del hombre ya posee su fin, entonces, tendríamos que admitir, a su vez, que el hombre no tendría por qué procurárselo[135]. No obstante, la realidad

---

[132] Ídem. pp.74-76.
[133] Ídem. p. 89. El subrayado es nuestro.
[134] Ídem. p.77.
[135] Ídem. p.77.

empírica nos demuestra absolutamente lo contrario, ya que, si consideramos que el fin del hombre es intrínseco a su naturaleza, el hombre sería un ser existencialmente insatisfecho, determinado por ella y, consecuentemente, la libertad no existiría. Por esa razón, hacemos nuestras las palabras de Polo cuando afirma que *lo creado queda como naturalmente tendente y por eso puede hablarse de voluntas ut natura*.[136]

2.2.2.2. LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) Y SU DIMENSIÓN CORPÓREA (BIOLOGÍA)

En torno a la relación entre naturaleza humana y biología, conviene señalar que la persona humana posee un cuerpo con características muy particulares respecto a los animales, las cuales son señaladas por Leonardo Polo al exponer el *proceso de hominización*, entendida como el proceso de formación del tipo morfológico humano que da lugar a la aparición de los caracteres somáticos y corporales específicos del hombre; es decir, de la corporeidad del hombre tal como se le conoce en la actualidad[137]. Dentro de esas características, merecen ser destacadas dos a efectos de nuestra investigación: el rol del bipedismo en la independización del hombre respecto del medio y la subsecuente disminución del instinto, y el lenguaje.

A continuación, Polo advierte que el bipedismo ha jugado un rol decisivo como condición de posibilidad del crecimiento cerebral en la especie humana pues observa que, a diferencia de los cuadrúpedos, por el hecho de ser bípeda, la cabeza es ocupada en su mayor parte por el cerebro, lo cual comporta la aparición de las manos en tanto extremidades aptas para muchos usos.

---

[136] Ídem. p.77.
[137] POLO, Leonardo. Ética: hacia una versión moderna de los temas clásicos. Segunda Edición. AEDOS – Unión Editorial, Madrid, 1997. p. 28.

"El cerebro humano ocupa las tres cuartas partes de la cabeza; en el animal no es así. Sin el fuerte crecimiento del sistema nervioso, el multiuso que permite la liberación de la mano no se podría ejercer."[138]

Ello es así debido al crecimiento no solamente de la masa encefálica, sino del aumento de las neuronas libres, las cuales no están vinculadas con las funciones vegetativas. En ese sentido, las nuevas conexiones neuronales resultantes favorecieron el control cerebral de las manos y, con ello, la posibilidad de fabricar instrumentos[139].

"El australopithecus no podía aprovechar su bipedismo porque tenía una capacidad craneana muy pequeña; pero el aumento de capacidad craneana no tiene sentido práctico sin manos, sin extremidades que sirven para otra cosa que para andar; de entrada, el bipedismo es una desespecialización: la mano está desespecializada, como observa Tomás de Aquino. Utilizando la teoría de la potencia y el acto de Aristóteles, dice que la mano es puramente potencial si se la compara con la garra o con la pezuña - que son propias de cuadrúpedos -; la pezuña está en acto, porque no sirve más que para una cosa; es como el hacha. Según Aristóteles, el acto del hacha es el filo: todo lo demás en el hacha es potencial, porque el hacha está hecha para cortar. La pezuña está hecha para algo y nada más que para algo, y la garra, por su parte, sólo para algo más: para desgarrar, y, por tanto, está en acto. ¿Y la mano para qué está? Está abierta a una gran gama de actualizaciones; es un órgano potencial, y precisamente por ello es el instrumento de instrumentos, aquello con lo que se puede hacer todos los instrumentos."[140]

---

[138] POLO, Leonardo. ¿Quién es el hombre? Un espíritu en el mundo. Ediciones RIALP, Madrid, 1993.
[139] POLO, Leonardo. Ética: hacia una versión moderna de los temas clásicos. Op. Cit. pp. 33 – 34.
[140] Ídem. p.35.

De esta manera, este proceso de *hipercerebralización* debe ser entendido *no como un procedimiento adaptativo, sino como un modo de liberación de la necesidad de adaptarse*[141]. En consecuencia, aparece la visión del hombre como *homo faber*; la posibilidad de *fabricar* instrumentos que le permite el control cerebral sobre sus manos lo convierte en configurador del espacio; en habitante del mundo. En otras palabras, siguiendo a Polo, *"habitar significa ordenar espacios; no ser un elemento de la organización del espacio, sino aquél que organiza el espacio"*, abriéndolo. De ahí que Polo afirme: *"Sólo el hombre tiene mundo, los animales y las piedras "son tenidos" por el mundo"*.

> *"Habitar significa tener conexiones más fuertes que tener un domicilio. La noción de habitar el mundo es establecer los nexos pragmáticos con los que el mundo queda organizado (organización espacial). Costumbre significa un tipo de costumbre superbiológica, un ethos. (...)*
>
> *Esta es la diferencia entre el ser en el mundo del animal y el ser en el mundo del hombre. (...) El mundo envuelve al animal, pero no de la misma manera que a la piedra. El animal mantiene cierto tipo de relaciones con su medio (Umwelt). En ninguno de los dos casos (animal, piedra) se puede hablar de "ser en el mundo"; esta expresión sólo vale para el hombre. <u>Para el hombre el mundo no es lo que circunscribe, no es una clausura, sino que el hombre es en el mundo, abriéndolo</u>."*[142]

Por consiguiente, el hombre *adapta el ambiente a él y no él al ambiente*, lo cual es posible por su capacidad creadora de instrumentos. Biológicamente, el género *homo* es el animal que domina su entorno, el ambiente, lo cual no es posible encontrar en otro ser vivo.

---

[141] Ídem. p.33.
[142] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op. Cit. pp. 63 – 64. El subrayado es nuestro.

Esto tiene implicancias éticas muy serias vinculadas con la forma en que se ve al trabajo, la familia y la ecología.

Así, *si el hombre no trabajara tendría que adaptarse, pero su cuerpo no está hecho para ello; biológicamente no es competitivo*[143]. Debido a que *el hombre nace biológicamente prematuro*; es decir, tarda muchos años en ser viable, debe pasar por un largo proceso de maduración biológica y aprendizaje en sociedad, lo cual sólo es posible por la existencia de la familia. Y en cuanto somos habitantes del mundo, no tenemos nicho ecológico, por lo que el hombre es capaz de provocar una crisis ecológica al volver inhabitable el mundo a causa de las actividades que realiza en él y de las que es responsable, algo que lo distingue de los demás animales. Como sabemos, la responsabilidad es una categoría ética, y ésta, es propia del hombre.

Como afirma Polo, *el hombre es un ser muchísimo más vivo que un animal precisamente porque está llamado a la acción; su vida no le está simplemente dada, sino que la tiene que encauzar activamente, de lo contrario se extingue*[144]. De esta realidad se desprende que *la ética tiene que ver directamente con la vida humana, es decir, con la actividad humana*[145].

El siguiente rasgo característico del aspecto biológico de la naturaleza humana es el lenguaje visto como la forma más pura de técnica, puesto que los animales no hablan; por ello, es posible considerar al hombre como una especie única, ya que posee inteligencia, sin la cual no sería posible hablar[146].

Al respecto, en su libro *¿Quién es el hombre?*, Polo se basa en Aristóteles para destacar las condiciones biológicas del lenguaje como facultad exclusiva del ser humano. Asimismo, Polo enfatiza en el hecho de que el lenguaje posee dos características fundamentales: es el

---

[143] POLO, Leonardo. Ética: hacia una versión moderna de los temas clásicos. Op. Cit. p. 41.
[144] Ídem. p.42.
[145] Ídem. p.42.
[146] Ídem. p.43.

conjunto de *voces articuladas a las que se añade, o en que se da, un significado convencional*[147], lo cual permite aumentar indefinidamente el campo semántico y, a la vez, es elíptico, porque no lo dice todo, ni puede decirlo todo. Así, *es elíptico en atención a la intencionalidad intelectiva y es convencional en atención a la voz: callamos más de lo que decimos*[148].

En consecuencia, podemos afirmar que la corporeidad o biología del hombre hace de él una especie distinta a los demás animales puesto que es capaz de tener una conducta no regulada por sus instintos; es decir, de ejercer dominio sobre sí mismo, sometiéndolos a la razón que orienta su voluntad.

Por otro lado, esa disminución de su instinto ha permitido que sea *homo faber*; es decir, capaz de emplear la *técnica* para trabajar, habitar el mundo, y adaptarlo a sí mismo. De esta manera, el hombre, a diferencia de los animales, no tiene un nicho ecológico; puesto que no hay un espacio determinado por la biología que configure su rol ante el medio que le rodea. En todo caso, "su nicho ecológico" es la sociedad, la cual es creada artificialmente por él, a partir de la realidad y los deseos o tendencias naturales que se le presentan.

Así pues, tenemos las siguientes tendencias naturales del hombre: coexistir y asegurar la coexistencia con otras personas, por tanto, surge la necesidad de gobernar y ser gobernado (el orden político-jurídico), para lo cual previa o simultáneamente debe establecer comunicación con sus pares (el orden de la comunicación y el lenguaje). Finalmente, condición simultánea a la coexistencia es el aseguramiento de la perpetuación de la especie a través de la familia.

---

[147] POLO, Leonardo. ¿Quién es el hombre? Un espíritu en el mundo. Op. Cit. pp. 154 – 170.
[148] Ídem. p. 165.

*2.2.2.3. LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) Y LA DIGNIDAD*

Ahora bien, al ser la naturaleza humana un elemento común a todos los hombres, podemos atrevernos a ubicar en ella a la dignidad de la persona humana, que es también común a todos los hombres, lo cual trae una consecuencia de suma importancia para la antropología filosófica: la dignidad, al ubicarse en el campo de la naturaleza humana o *physis,* está vinculada íntimamente no con la libertad, toda vez que ésta recién aparece en la fase de la *voluntas ut ratio*, sino con el hecho de tender siempre hacia *algo*; es decir, por ser un ser en constante *apertura*.

En ese sentido, podemos advertir que la voluntad es una tendencia subordinada a fines, toda vez que, siguiendo a Polo, el *fin* es la perfección misma no lograda aún por la naturaleza, por lo que la voluntad es una tendencia orientada al fin; es decir, la voluntad persigue y ansía poseer el fin, para lo cual requiere del conocimiento – la verdad – para dirigir todo el actuar humano hacia su consecución. De esta manera, también coincidimos con Polo cuando refiere que *"el principio que pone en marcha a la naturaleza es el conocimiento"*[149], entendiendo por naturaleza a la *physis* o la *voluntas ut natura*, es decir, a la tendencia hacia la perfección, aunque sin conocerla aún o poseerla intelectualmente/intelectivamente.

En consecuencia, podemos sostener que sí es posible afirmar la existencia de una naturaleza humana (*physis*) con un contenido permanente, inmutable y objetivo, al cual es posible acceder sólo desde la Antropología Filosófica de corte realista iniciada por Tomás de Aquino y seguida por Leonardo Polo. Asimismo, a diferencia de lo afirmado por Welzel, la naturaleza humana (*physis*), por sí sola, no atribuye al hombre "cualidades morales innatas" (bueno o malo por naturaleza), puesto que reconoce que éste posee libre albedrío, del cual hablaremos en el siguiente apartado.

---

[149] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op. Cit. p.78.

Ahora bien, hasta este punto de nuestra investigación, hemos obtenido los siguientes siete hallazgos: *primero*, la *physis* es el fundamento del hombre; *segundo*, en el hombre la *physis* posee un carácter distinto que en el cosmos o en el mundo físico, es efusiva (el hombre como *además;* es decir, como ser auto-perfectible); *tercero*, la *physis* en el hombre es sinónimo de naturaleza humana; *cuarto*, esta naturaleza humana es común a todos los hombres; *quinto*, la naturaleza humana comprende su dimensión espiritual y su dimensión corpórea; *sexto*, la naturaleza humana es distinta que la esencia, la cual es la dimensión añadida por el hombre en tanto *ser personal* y, por ende, es distinta en cada uno; y *séptimo*, la dignidad del hombre reside en su naturaleza humana.

2.2.3. LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*), EL LIBRE ALBEDRÍO Y LA LIBERTAD (*SER PERSONAL*)

En cuanto a la relación entre la naturaleza humana (*physis*) y la libertad, conviene advertir previamente que la voluntad nace a nivel estrictamente natural – *voluntas ut natura* -, no obstante, se pone en marcha (pasa al acto) únicamente a nivel de la *voluntas ut ratio*; es decir, en su contacto con la razón[150]. Solamente, desde este preciso instante la voluntad es libre, se vuelve un tender con motivos, y la libertad surge como propiedad suya[151].

En ese sentido, debemos enfatizar que, para efectos de la presente investigación, únicamente reconocemos y denominamos "libertad" a la voluntad que, auxiliada por la razón, elige lo que es bueno y verdadero, mientras que llamaremos "libre albedrío" a la capacidad que tiene la *cada quién* para comportarse de una u otra manera, para obrar bien u obrar mal.

[150] Ídem. p.78.
[151] Ídem. p.80.

2.2.3.1. EL LIBRE ALBEDRÍO Y LA LIBERTAD

En primer lugar, el tema del libre albedrío es abordado por Hans Welzel en su artículo *"Reflexiones sobre el Libre Albedrío"*, en el cual discute el planteamiento de Karl Engisch, para quien *"la libertad" de poder obrar de otro modo significa sólo la posibilidad de obrar de otro modo después de haber sufrido la pena o – con otras palabras – la capacidad de ser influenciado por la pena*[152]. Por el contrario, Welzel sostiene que la libertad es algo más, pues *es la posibilidad o la capacidad de poderse orientar y decidir conforme a sentido*[153]. En tal sentido, observamos que la definición debatida por Welzel corresponde al significado de "libre albedrío", entendido como la capacidad que tiene el hombre para obrar de uno u otro modo.

Por su parte, en su *"Lecciones de Ética"*, Polo claramente hace alusión al "libre albedrío" cuando afirma que *Libertad es la capacidad de hacer o no hacer. Es lo opuesto a abstenerse.*[154]. Entonces, podemos deducir que el hombre ejerce su libre albedrío en virtud de que posee voluntad y razón, por lo que puede elegir actuar bien o mal. Precisamente, en este momento se presenta en el hombre dos niveles de posibilidad: la posibilidad de elegir y, luego, en un segundo momento, la posibilidad en el orden del poder hacer o de la acción misma[155]. Esta última tiene relación con los actos de ejecución de aquello que fue elegido, y la ejecución, con el elenco de medios que se le presenta en una determinada posición; es decir, la voluntad está vinculada con lo práctico, de lo contrario, no sería poderosa respecto a la ejecución.

Sin esa efectividad, la voluntad sería un puro querer. Así, Polo alcanza a deducir que el libre albedrío pertenece al ámbito formal de la ética, ya que de su planteamiento se desprende que aquel contribuye a la justificación de los actos humanos, toda vez que estos son

---

[152] WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el "Libre Albedrío". En: WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004. Pp. 31-45. P.45.
[153] Ídem. p.45.
[154] POLO, Leonardo. Lecciones de ética. Op. Cit. p.74.
[155] Ídem. p.75.

transbiológicos, contingentes (pueden ser o pueden no ser) o posibles, y conforme a fines, los cuales son susceptibles de calificación y resultados[156].

> *"La libertad está en el orden de la formalidad ética, pero respecto de una materialidad que son las acciones humanas como medios. (...) La libertad da la formalidad ética sobre el poder hacer.[157]"*

Dado el contexto de esta aseveración, podemos colegir que Polo está refiriéndose al libre albedrío que, en tanto posibilidad de elegir, genera riesgo de error y, con ello, la posibilidad de que la propia libertad, entendida como la conjunción de la voluntad y la razón, pueda truncarse.

Cabe indicar que, si bien Polo alguna vez menciona que la *voluntas ut natura* del hombre le impide querer el mal por el mal y que, por el contrario, ella hace que el hombre quiera decidir siempre bajo razón de bien, si queremos permanecer fieles a la tradición realista inaugurada por Tomás de Aquino y al propio pensamiento de Polo tal como ha sido descrito anteriormente (el cual reconoce la distinción entre libre albedrío y libertad), debemos interpretar dicha afirmación en el sentido de que la *voluntas ut natura* lleva a que el hombre tienda hacia aquello que la razón le presente como conveniente, independientemente de si conoce o no lo que es bueno para él, y en lo que ello consiste, a partir de lo cual, a través del libre albedrío, puede elegir actuar en uno u otro sentido.

De este modo, cobra sentido que Polo reconozca que el primer principio ético que tiene el hombre es *"buscar el bien", "ejercitar la voluntad de acuerdo con él"*[158]. De ahí que el primer principio de la ley natural sea hacer el bien y evitar el mal, el cual constituye un imperativo más fuerte que el kantiano[159], ya que, si el hombre debe en todo momento de su vida

---

[156] Ídem. p.73.
[157] Ídem. pp. 74 – 75.
[158] Ídem. p. 85.
[159] Ídem. p. 86.

ejercitar su voluntad de acuerdo con el bien, significa que el bien es el fin de aquella tendencia, el mismo que obliga intrínsecamente al hombre a actuar de una determinada manera.

Por ello, la voluntad tiene como obligación grave elegir el medio adecuado para alcanzar el fin. Así, la tendencia a elegir bajo razón del bien es una ley o principio de carácter heterónomo, a diferencia de la ley moral kantiana, la cual posee carácter autónomo no solamente por la propia pretensión kantiana de construir una ética sin recurrir más que a la razón ilustrada, sino porque, en este esquema, Kant pretende atribuir a la voluntad el carácter de razón, trayendo como consecuencia la imposición de un voluntarismo ético que facilita el relativismo moral. Mientras que en el primer caso la ética se rige bajo un criterio objetivo (el bien), en el segundo caso lo hace bajo uno de carácter subjetivo (la voluntad escindida – "libre", en términos kantianos- de todo arraigo al concepto de "bien").

Como podemos observar a partir de la máxima kantiana: *"Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal"*, se verifica que "el bien" ha sido expoliado y sustituido por "lo universal" y "la voluntad", como criterios de valoración ética, lo cual acarrea una consecuencia mayor para la ética en nuestros días: teniendo en cuenta que la voluntad de la persona, a nivel de *voluntas ut natura*, tiende hacia un fin que es extrínseco a ella, la ley moral kantiana, al buscar el fin dentro de la voluntad de la persona, la está condenando al vacío existencial causado por la insatisfacción generada por el hecho de haber cambiado la dirección de dicha tendencia hacia el fin trascendente, moviéndola hacia la propia voluntad, volviendo a la persona en un mero "sujeto" o un simple "yo" incapaz de cesar dicha tendencia, la cual termina siendo ocultada bajo una ilusión que únicamente le acarreará una profunda frustración existencial.

No obstante, Polo alega que la libertad es mucho más que la libertad de elegir. Nuevamente, si queremos permanecer fieles al pensamiento de Tomás de Aquino seguido por

Polo, debemos entender este enunciado como la distinción entre la libertad y el libre albedrío. Efectivamente, por esta razón, Polo habla inmediatamente del sentido trascendental de la libertad, o *libertad trascendental*, la libertad en sentido auténtico o verdadero, para definirla como aquella que consiste en la consideración de la tendencia del alma humana en su conexión con la razón. De ahí que se tiende porque se es naturaleza, y se elige porque se conecta con la razón; *"nihil volitum nisi praecognitum"*[160].

Así pues, en concordancia con el planteamiento de Polo, *"la libertad según la cual el hombre es esencialmente mejorable es la libertad moral, que está en íntima relación con la libertad pragmática"*[161]. Esta libertad es la llamada *libertad trascendental* o libertad personal, toda vez que no se encuentra en el plano de la naturaleza humana (en la mera tendencia de la *physis*) sino en el ser personal.

> *"La libertad es trascendental como libertad personal. Se descubre un nuevo sentido de la libertad que se halla en el ser humano, no en el plano de su naturaleza. "*[162]

Por esta razón, Polo afirma que de la libertad se puede decir que es *libre*, con relación a la voluntad y la naturaleza humana (*physis*), y poderosa, con relación a la ejecución de las acciones humanas vistas como medios que contribuyen a ello. Sin embargo, como ya hemos venido sosteniendo, aquí Polo está haciendo alusión al libre albedrío.

Por su parte, cuando menciona que la *libertad trascendental* o libertad moral contribuye al perfeccionamiento de la naturaleza humana a través de los hábitos, está haciendo alusión a la libertad como la convergencia de voluntad y razón iluminada por la verdad y el bien que, por intermedio de las virtudes, perfeccionan la esencia de la persona, haciéndola libre. Por consiguiente, el hombre se perfecciona a sí mismo a través de la ejecución de sus actos buenos,

---

[160] Ídem. p. 89.
[161] POLO, Leonardo. La libertad trascendental. Op. Cit. p.78.
[162] POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Op. Cit. p.90.

logrando, a diferencia de los animales, sobreponerse a sus instintos biológicos que forman parte de la dimensión corpórea de su naturaleza humana o *physis*:

> *"El hombre -estamos hablando de la naturaleza humana- como todo animal tiene necesidades: tiene que comer, tiene que vestirse, etc. Y por lo tanto tiene una sensación, una captación de esta necesidad, por ejemplo la del hambre, y de ahí surge la tendencia a comer. Pero esa tendencia no le dice al hombre ni qué come, ni cuándo come ni cómo come. (...). En cambio, los animales tienen una tendencia a comer y lo hacen de una manera muy determinada, muy embarcados en su propio instinto, que se dispara de un modo muy determinado. (...)*
>
> *Lo anterior podemos enlazarlo con una observación que hace Aristóteles al respecto: que el hombre no tiene una sensibilidad como la del animal, sino que es una sensibilidad que no se satisface con las cosas meramente dadas en la naturaleza, (...)"*[163].

De esta manera, Polo acredita que el hombre es más que sola naturaleza, puesto que es capaz de perfeccionarla intrínsecamente, aunque también empeorarla o degradarla, mediante los hábitos buenos (virtudes) o malos (vicios). Por lo tanto, colige que el hombre, además de naturaleza posee *esencia*.

> *"En el hombre la perfección es intrínseca. (...) El hombre es susceptible de hábitos, y el hábito es una perfección intrínseca, no es la ordenación cósmica de las naturalezas intracósmicas, sino el perfeccionamiento que cada hombre proporciona a su naturaleza humana, el perfeccionamiento intrínseco de la natura: eso es el hábito. (...) El hombre es capaz de virtudes, es autoperfectible, porque su propia operación revierte sobre su propia constitución, sobre su propio principio o facultad, la cual no es meramente*

[163] POLO, Leonardo. La libertad trascendental. Op. Cit. p.78. El subrayado es nuestro.

natural: el hombre es más que naturaleza, el hombre es esencia. Por tanto, la esencia del hombre no es el cosmos"[164].

Este pasaje resulta de suma importancia pues nos permite realizar la siguiente inferencia: al señalar que, a través de los hábitos, el hombre puede perfeccionar su naturaleza humana, al enfatizar que su propia operación revierte en su propia constitución que no es sólo natural, y al subrayar que el hombre es más que naturaleza puesto que es esencia, podemos inducir que la naturaleza humana (*physis*) está contenida en la esencia.

Además, de acuerdo con un orden de argumentación basado en Tomàs de Aquino, Polo realiza una importante puntualización respecto a que *per se* o *a priori*, no existen naturalezas libres, sino que éstas se hacen libres a través de los hábitos. Debido a que los hábitos al operar sobre la naturaleza la vuelven libre, crean *esencia*, cuyo rasgo particular es ser libre. Por consiguiente, la libertad es una cualidad no de la naturaleza humana que se encuentra ubicada en el *ser* o el *esse*, sino de la esencia.

"Tomás de Aquino sostiene que no puede decirse que hay naturalezas libres, la naturaleza humana es libre a través de los hábitos; sin hábitos no hay libertad esencial porque no hay esencia. Pero yo tengo una esencia a la que es inherente ser libre. No hay una libertad en el orden del esse, sino una libertad en el orden esencial. Yo diría que sólo en tanto que es esencia es libre y en tanto que es libre es esencia, lo cual no tiene nada que ver con ese asunto de las personas como fines; eso es quedarse muy corto."[165]

Finalmente, Polo concluye que esta visión de la *libertad trascendental* de la persona humana amplía y supera radicalmente la estrecha visión kantiana del ser humano considerado

[164] Ídem. pp. 49 – 50. El subrayado es nuestro.
[165] Ídem. p. 70. El subrayado es nuestro.

como fin en sí mismo, así como de su libertad, ya que esta concepción presenta un error desde su formulación y es que el hombre jamás puede ser fin, porque si así lo fuese, no *tendería*; sería ya un ser completo y perfecto. Como consecuencia de ello, tampoco es correcta la noción de "autorrealización" (personal), porque ello implica concebir a la persona como medio para llegar a ser fin, lo cual nunca ocurrirá, toda vez que implica dejar de *tender* y haber alcanzado la perfección.[166]

2.2.4. LA *SIMETRIZACIÓN* DE LA LIBERTAD Y DEL LIBRE ALBEDRÍO EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE WELZEL

Todo lo anteriormente expuesto permite observar que el planteamiento de Welzel, al estar muy enraizado en la filosofía kantiana, padece de lo que Polo llama "*simetrización* de la filosofía moderna", la cual consiste en el hecho de que la filosofía moderna acude a conceptos clásicos, aunque descontextualizando su lógica; de esta manera, para estos el fundamento es trascendente o exterior al hombre, mientras que para los modernos éste reside en la subjetividad. En efecto, el fundamento del hombre es externo porque se entiende que su *physis* tiende a ella, a la cual su voluntad podrá acercarse usando la razón; es decir, ejerciendo la *libertad trascendental*.

Por su parte, para Kant la libertad es trascendental como *ratio essendi* del imperativo categórico, el cual es un imperativo puro, o no condicionado, precisamente porque el sujeto es libre[167], debido al carácter autónomo de la ley moral kantiana, la cual está escindida de toda noción de "bien", tal como se ha descrito líneas arriba. En todo caso, en Kant la libertad está escindida "*a priori*" de toda noción del bien, toda vez que el bien es la construcción resultante de lo que el universo de hombres – mejor aún, *la humanidad* - disponga y acepte como máxima

[166] Ídem. p.93.
[167] POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Op. Cit. p. 90.

en un momento dado de la Historia. De esta manera, la noción kantiana de libertad resulta ser *simétrica* con la clásica[168].

A la luz de lo antes mencionado, verificamos que a partir de Kant la libertad queda despojada de toda referencia al Bien, a causa de la eliminación de la naturaleza humana (*physis*) como principal pilar de la antropología filosófica. Por consiguiente, se produce una separación drástica entre la Ética y el Derecho, dejando a éste desprovisto de toda referencia al Bien. A partir de este momento, el bien tendría un carácter contingente dentro de las definiciones de Derecho que empezarían a plantearse, llegando a desaparecer durante la moda positivista, mientras que la libertad se asumirá como un punto central y necesario en toda definición de Derecho que se pretenda construir de ahí en adelante.

En ese sentido, el planteamiento filosófico de Welzel pretende rescatar la importancia del Derecho Natural como concepto que permita la admisibilidad de un *deber ser* normativo; es decir, como valor obligante[169]. No obstante, debido a su fuerte carga kantiana, lo hace en clave idealista e historicista, entendiéndolo como una categoría jurídica (idea) que permite (re)crear esquemas conceptuales que dotan de sentido a la existencia humana, cuyo contenido es variable, dinámico y abierto, tal como se ha explicado en el punto 1.1.7. de la presente investigación.

Asimismo, la *simetrización* en la propuesta de Welzel alcanza también al concepto de libre albedrío, toda vez que lo entiende como *posibilidad o capacidad de poderse orientar y decidir conforme a sentido*; y, como ya hemos demostrado, éste es definido en términos de un *deber ser* kantiano en clave idealista, por lo que el bien o mal escogido por el libre albedrío es reemplazado por el *deber ser trascendente* mutable.

---

[168] Ídem. p. 90.
[169] WELZEL, Hans. Derecho y Poder. Op. Cit. p. 62.

Además, cuando aborda la discusión sobre cuándo es posible identificar que una decisión humana es consecuencia de relaciones de fuerza o de intensidad de impulsos en conflicto, y cuándo poseen un contenido de sentido para la propia existencia humana, Welzel hace referencia a que la respuesta brindada por Karl Engisch consistiría en un *non liquet*:

> *"De acuerdo con nuestro punto de partida tenemos que dejar sin respuesta la pregunta de si el autor, de acuerdo con su naturaleza, tal como se manifestaba en la situación concreta, hubiera podido hacer uso de una mayor fuerza de voluntad o de una mayor diligencia."*[170]

Luego de ello, Welzel llega a sostener que la respuesta dada es semejante a la brindada por los *psiquiatras agnósticos a la pregunta en torno a la imputabilidad o culpabilidad*:

> *La razón de ello no reside únicamente en la dificultad, de carácter general, de comprobar a posteriori circunstancias o fenómenos internos, sino a la misma peculiaridad del objeto, que en el fondo no es un objeto comprobable, sino la subjetividad de un sujeto*[171].

De este modo, el tema del libre albedrío en Welzel encierra un problema: si bien admite que existe, su planteamiento filosófico no cuenta con los recursos teoréticos e intelectuales necesarios para argumentar su existencia más allá de una comprensión psicologicista al igual que Engisch, para quien el libre albedrío era *la posibilidad de obrar de otro modo después de ser sufrido la pena*.[172]

Ahora bien, esta *simetrización* de las nociones de "Derecho Natural" y "libre albedrío" presente en el planteamiento de Welzel ha conllevado a que éste admita, a su vez, un sinnúmero de interpretaciones y lecturas, una de las cuales es la del jurista alemán Gûnther Jakobs, para

---

[170] WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el "Libre Albedrío". Op. Cit. p.45.
[171] Ídem. p.45.
[172] Ídem. p.45.

quien el Derecho Natural no existe como tal, sino sólo habría valores socialmente relevantes susceptibles de ser tomados como fin (*bezweckbarkeit*), los cuales serían generados por los diferentes sistemas sociales, en un espacio y tiempo determinados, con el propósito de mantenerse a sí mismos.

Por lo tanto, el contenido axiológico del primer principio del Derecho Natural – *"haz el bien, evita el mal"* – entendido en su forma clásica y construido sobre la base en la naturaleza humana o *physis*, ha quedado disuelto en la Historia, la "*Humanidad*", o en el "sistema social", dejando sin horizonte normativo objetivo (trascendente) al derecho positivo, el mismo que debe echar mano del consensualismo para determinar el conjunto de valores que regirán un sistema social y que serán asegurados por un sistema penal específico.

2.2.5. LA *SIMETRIZACIÓN* DE LA *PHYSIS* Y SUS IMPLICANCIAS EN LA ANTROPOLOGÍA DE WELZEL

Ahora bien, es menester advertir que, de acuerdo con lo expuesto y argumentado líneas arriba, el hombre como *ser personal,* por poseer una *physis* distinta a la de los animales, no puede ser definido como un sistema cerrado, acabado o determinado por algún aspecto específico suyo[173].

Por el contrario, de acuerdo con Polo, el hombre, en tanto *ser personal*, es un sistema libre puesto que es susceptible de aprendizaje positivo (virtudes) y negativo (vicios); es decir, es libremente adaptable. Asimismo, la persona interactúa con otras *para constituir sociedades*,

[173] Los sistemas cerrados son aquellos que tienen sólo una situación de equilibrio; por tanto, son capaces de reaccionar al estímulo de manera que se recupere el equilibrio. Son los sistemas que estudia la mecánica. Cfr. POLO, Leonardo. Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos. Segunda edición. AEDOS, Unión Editorial, Madrid, 1997. p. 110

las cuales son también sistemas libres, *susceptibles de mejorar o de empeorar, de decadencia o prosperidad*[174].

Así, el hombre tampoco es un sistema abierto, porque éste se caracteriza por el hecho de que es capaz de aprender, por lo que, a diferencia del sistema cerrado, tiene más de una situación de equilibrio correcta en donde algunas son mejores que otras, por lo que su aprendizaje siempre es ascendente (hacia el infinito). Bajo esta perspectiva, el hombre es incapaz de empeorar; por lo tanto, la ética resultaría innecesaria. Ejemplos de enfoques teóricos que han asumido esta visión son: la teoría de la evolución y la teoría del progreso, de las cuales es tributario el paradigma democrático-liberal que sostiene en la actualidad el modelo económico liberal actual y la democracia como sistema político[175].

Por lo tanto, los enfoques antropológicos que conciben al hombre como sistema cerrado y sistema abierto son erróneos; y, en el caso de la visión del hombre como sistema cerrado supone la noción de que el hombre tiene una *physis* similar a la de los animales, mientras que la visión del hombre como sistema abierto supone una antropología idealista – optimista traducida en una confianza excesiva en el hombre, cuyo actuar es orientado por el *deber ser* kantiano, puesto que su *physis* ha sido expoliada de dicho planteamiento. Por tanto, constituyen otra forma de *simetrización*.

De este modo, las filosofías modernas, entre ellas la de Hans Welzel, adolecen de la *simetrización* descrita anteriormente. Tal como lo hemos expuesto, Welzel simetriza la idea de Derecho Natural y libertad a partir del concepto de *deber ser*, el cual, a su vez, es una *simetrización* kantiana del Bien. El contenido axiológico que era proveído al ordenamiento jurídico positivo por la idea de Bien presente en el Derecho Natural, objetivo y susceptible de

---

[174] Ídem. p.110.
[175] Cfr. FUKUYAMA, Francis. El fin de la Historia y el último hombre. Editorial Planeta, Barcelona, 1992. También en: DÜR, Ernst et Al. La economía social de mercado. Un proyecto económico y político alternativo. CIEDLA, Buenos Aires, 1983.

ser conocido por la razón, es sustituido por categorías *lógico – objetivas* que conforman el *deber ser*, las cuales, al igual que éste, son definidas y reconocidas como tales por la sociedad; es decir, se convierte en subjetivo, en tanto ya no es un objeto con validez propia, sino atribuida por quien las define[176].

Aunado a ello, debemos advertir que en la obra de Welzel el concepto de persona también ha sufrido una *simetrización* a partir del concepto de *deber ser*: la persona únicamente puede ser entendida y reconocida como *persona responsable* en el momento en que ésta reconoce la obligatoriedad que le impone el *deber ser*, identificado como orden que dota de sentido a su existencia, convirtiéndolo en artífice de su propia vida. En tanto, en la lectura de Welzel, la coacción transforma al hombre en mero de objeto de una influencia física; en una cosa.

Por si fuera poco, Welzel es consciente de que el hombre, a diferencia de los animales, no hereda un sistema de comportamiento determinado por la biología, sino que debe elaborar su propio sistema de acción, lo cual sólo será posible si tiene por referencia al *deber ser*. En resumen, el *deber ser* es el instrumento para definir a la persona como tal y diferenciarla de las cosas y animales.

De alguna manera, si el hombre quiere ser considerado como persona, debe definirse a sí mismo a través de sus actos orientados por el *deber ser*[177], tras lo cual observamos que la antropología de Welzel es simplista, porque no define a la persona en función de su naturaleza

---

[176] Las categorías lógico – objetivas tendrían el carácter de objetivas debido a que son definidos "objetivamente" por la sociedad. Es decir, la sociedad le atribuye un significado y valor determinado en un momento dado del contexto histórico – social. De aquí al planteamiento del Funcionalismo Penal de Jakobs, para el cual el derecho penal es el subsistema social autopoiético encargado de proteger la vigencia de la norma y de objetos susceptibles de ser tomados como fin (*bezweckbarkeit u objective bezweckbarkeit*), tan sólo hay un paso, como se explicará posteriormente.

[177] Es interesante anotar que incluso, a nivel del lenguaje es posible observar que ya no se habla de la persona como ser autoperfectible en relación con Bien, sino como sujeto que conforma su vida, en relación con el *deber ser*; es decir, el hombre que se hace a sí mismo en función de los propios "valores sociales" que crea. Una vez más, la simentrización está presente en la filosofía moderna.

humana (*physis*), estructura o facultades, y es reduccionista, ya que reconoce que lo único característico del hombre es su capacidad para definirse a sí mismo, verificando que más que responder qué es la persona, Welzel se preocupa por responder qué hace a uno ser persona, a la luz de un enfoque voluntarista[178].

Por consiguiente, en la obra de Welzel podemos apreciar que la concepción de *physis* bajo la lógica griega, es decir, como fundamento, es trasladada desde el mundo físico al hombre, el mismo que empieza a ser principio y fundamento, rasgo que Polo encuentra como elemento característico de la filosofía moderna[179].

> *"Es evidente que en estas condiciones la metafísica empieza a hacer aguas, el hombre empieza a ser fundamento. La simetría mencionada al formular las tres tesis sobre la ampliación del trascendental tiene que ver con el modo como los modernos habían enfocado el asunto, y lleva consigo que en Newton la metafísica griega sea imposible, puesto que el mundo es mecánico, ya no hay physis. Entonces quien es principio y fundamento es el hombre y además por simetrización."*[180]

Al explicar las condiciones que hacen posible la *simetrización* moderna, Polo menciona la visión inconforme que los modernos tienen respecto de la concepción clásica de potencia finita; de ahí que *una de las principales preocupaciones de la filosofía moderna se centra en la noción de dinamismo, que, al adquirir carácter de a priori, se hace infinito*[181]. Es decir, *la filosofía moderna entiende la potencia como infinita, lo que hace extraordinariamente difícil admitir que el acto es anterior a la potencia*[182], tal como se sostiene en la filosofía clásica. De

[178] Cfr. Punto 1.1.6.2. de la presente investigación.
[179] POLO, Leonardo. La libertad trascendental. Op. Cit. p.90.
[180] Ídem. p.91. El subrayado es nuestro.
[181] POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Op. Cit. p.93.
[182] Ídem. p.93.

esta manera, se produce una inversión del pensamiento que también constituye una simetría: la interpretación simétrica del *a priori*.

Este planteamiento resulta ser funcional para la propuesta filosófica moderna: como la potencia equivale a la capacidad de perfección, una potencia infinita es compatible con la noción de progreso indefinido, de perfección infinita (si se permite el oxímoron). Como consecuencia, ello tiene una alta relevancia para el incremento exponencial de la fuerza del voluntarismo, como uno de los rasgos característicos del pensamiento moderno y, a efectos de nuestra investigación, en la redefinición del hombre caracterizado por una voluntad omnipotente capaz de crear y dictarse las leyes que estime más convenientes para el favorecimiento de su libertad, entendida en sentido *simétrico* con el clásico.

Demás está decir que el voluntarismo es un rasgo aún presente en la Filosofía del Derecho Moderna y conlleva siempre el riesgo de que el propio Derecho degenere en puro poder entendido como mera arbitrariedad, la cual, a su vez, sea una amenaza latente para el respeto de la dignidad de la persona humana. Por esta razón, es necesario una aproximación al concepto de persona que rescate la tradición filosófica clásica tomística, la misma que se encuentra en el planteamiento de Polo, al referirse al ser personal en su libro *Antropología Trascendental*:

> *"El ser personal es el "quién" o "cada quién". En cambio, la naturaleza del hombre es, por así decirlo, común. Todos los hombres "tenemos" la misma naturaleza. Por tanto, si la noción de persona se aplica de modo común, no es verdaderamente designativa del ser humano. (...) La persona como "cada quién" se distingue de las demás por irreductible. Hablar de persona de modo común, o en sentido general, es una reducción. Nadie es la persona de "otro", porque de ser así las personas no co-*

existirían: las personas coexisten en íntima conexión con su distinción. El ser personal humano (...) ante todo significa irreductibilidad, es decir, quién.[183]*"*

Dicho pasaje adquiere mayor sentido al ser leído complementariamente con otro extraído de su *Libertad Trascendental*, en el que Polo describe más extensamente ese carácter de la persona como "cada quién" (usando el término equivalente de *"ser-con")*:

"Ser-con, ser que se acompaña, ser acompañándose. Ser acompañándose no es brotar sino mucho más que brotar, es difundirse, es expresarse, es dar de sí. Pero no es dar de sí como da, por ejemplo, una goma, sino dar de sí desde sí, de tal manera que ni siquiera hay un "desde sí", sino que es más. El "desde sí" sería "desde el ser", desde sí en sí. Un en sí desde sí es el "ente es". Pero el hombre es el brotar de tal manera que ese brotar sigue brotando y no se para nunca y no se consisntencializa: ser-con; no ser-consigo, sino ser-con."[184]

En consecuencia, la persona de *"cada quién"* es irreductible, pero es a la vez por ser "*ser-con*" coexiste o se acompaña de otro u otros "cada quién". Tal como afirma Polo: *"Ser persona significa quién. Quién humano significa coexistir."*[185]; de esta manera, la irreductibilidad de "*cada quién*" no implica separación (*choristón*), lo cual se puede comprender mejor con la siguiente afirmación de Polo:

"Co – existir es característico de la persona. Desde luego, no se dice que los animales coexistan. En tanto que significa co-existencia, la persona es irreductible. Con todo, las personas co - existen. En consecuencia, en tanto que irreductible, el ser humano por co-existir no es único. O, dicho de otra manera, no tiene sentido una persona única. La personas son irreductibles y, asimismo, coexisten. De una parte, las personas co –

[183] Ídem. p.85. El subrayado es nuestro.
[184] POLO, Leonardo. Libertad Trascendental. Op. Cit. pp. 123-124. El subrayado es nuestro.
[185] POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Op. Cit. p.86.

existen con el ser distinto de la co-existencia, es decir, con el ser principal. Pero también co-existen entre sí. La irreductibilidad de la persona no es compatible con su aislamiento o separación. Por eso, persona no significa substancia. Las substancias ocurren separadas; pero lo separado no co-existe; las sustancias ocurren cada una de ellas por su cuenta; se aíslan."[186]

En virtud del "*con*" de cada cual, la persona de "*cada quién*" puede unirse con la persona de otro "*cada quién*". Por lo tanto, la persona no es individualidad, pues la persona supone apertura; de ahí que sin pluralidad no hay persona, pues en la pluralidad "*cada quién*" es un "*ser-con*", lo cual nos abre al orden de la *sociedad*.

Asimismo, es importante reiterar que, de acuerdo con Polo, el ser personal tampoco es el individuo, puesto que ello supondría concebirlo como substancia; por lo que, en su planteamiento, no cabe la concepción de sociedad como "pacto social", esto es, como simple sumatoria de individualidades.

"El ser personal no es el individuo. El individualismo es una mala manera de entender al hombre, pues el hombre es ser-con. Yo soy un individuo -dicen- y, luego, como vivo en sociedad, pues "pacto social". No, nada de pacto, quien lo afirme está equivocado, no sabe lo que es una persona, porque una persona es absoluta imposibilidad de individualidad. Muchas veces, se ha dicho que la verdadera existencia es la sustancia individual. Pues hay que decir que la verdadera persona es el ser-con; la individualidad no tiene nada que ver con la persona. Si el hombre fuese individuo no sería persona, porque una persona es irreductible, pero en tanto que sea ser-con; es tan irreductible como abierta, por así decirlo. Es irreductible para abrirse, o es irreductible en tanto que se abre, o es irreductible en tanto que no se separa, que no se aísla. (...) Co –

[186] Ídem. p. 89. El subrayado es nuestro.

existencia significa irreductibilidad, pero no ser más separado todavía que la sustancia.[187]

Ahora bien, el "*ser-con*" no sólo tiene un carácter extensional, que además del ser existe otro ser, sino que "*ser-con*" es tal que no se puede decir que su ser sea estrictamente, sino "*ser-con*", y si le quitamos el "*con*" no es nada, por lo explicado en el párrafo anterior. Por esa razón, el "*ser-con*" es una intimidad en apertura, porque su propia *physis* es efusiva; en tal sentido, la persona es un "*además"*, puesto que no se reduce nunca a sí mismo. Al contrario, el hombre da de sí, el hombre añade; es un ser *aportante*, *otorgante*, y en ese sentido su *esencia* es un disponer; al disponer según su *esencia* puede aportar[188]. En suma, lo que el hombre *añade* es su esencia.

Por último, debemos remarcar que una de las mayores ventajas de reconocer a la persona como un *ser aportante* es el reconocimiento de la existencia de una libertad esencial y, con ello, la importancia de los hábitos para que dicha libertad esencial sea posible. Por consiguiente, permite la admisión de la virtud en el plano de la Ética, un tema que había totalmente erradicado de ella desde la filosofía de Kant[189], para quien la virtud simplemente no era un hábito, sino una acción moral no exigida por un deber jurídico (*deber ser*)[190].

"Kant es un simetrizador de primera, porque desconoce lo que es la virtud. ¿Dónde está la virtud en Kant? En la Crítica de la Razón Pura no está, en la Crítica de la Razón Práctica no está, en la Metafísica de las Costumbres no está; no aparece en ninguna parte. Kant no sabe lo que es la esencia humana. Dicho de otra manera: Kant no sabe cómo el hombre es esencial, pero entonces tampoco sabe lo que es una libertad esencial. El hombre es esencialmente y eso quiere decir que tiene hábitos, y según los hábitos

[187] POLO, Leonardo. Libertad Trascendental. Op. Cit. p. 121
[188] Ídem. p.116.
[189] Ídem. p. 70.
[190] Ídem. p.70.

todo fin es medio. Por eso la famosa nota: trata a los demás como si fueran fines", es superficial. No es así, yo puedo transformarlo todo en medio, es decir, sólo el fin último es el último fin. Puedo ascender por la escala de los fines de manera que todo fin sea medio. Pues esa ascensión es la franquía de la libertad. La franquía de la libertad es propia del hábito."[191]

Efectivamente, la visión de la persona como *ser aportante* conlleva a descubrir la dimensión esencial y no solamente la natural del hombre (*physis*), a partir de lo cual es posible sustentar que el hombre es capaz de sobreponerse a su naturaleza humana (*physis*) y perfeccionarla, como también de lo contrario.

"A partir de la esencia humana son posibles otras consideraciones. (...) Hemos considerado que el hombre es libre por sus hábitos y esencia por sus hábitos. Por eso el hombre es capaz de sobrenaturaleza. (...) Pero lo que no saben es qué es un hábito, creen que el hábito es una costumbre. Pero no, el hábito es por lo que el hombre es esencialmente hombre y no sólo naturalmente hombre, pues ser natura es poco para el hombre."[192]

En resumen, hemos podido apreciar que el pensamiento filosófico de Welzel presenta el problema de la *simetrización* en toda su antropología, particularmente sobre el significado de los conceptos de *physis*, libertad, e incluso el de la propia *persona*, lo que contribuye a concebir una visión simplificada del hombre sobre la cual se asentará toda una arquitectura filosófica que servirá de soporte a un planteamiento filosófico jurídico penal, cuya validez intentará legitimarse a través de la apelación a un discurso que, de cierto modo, pretende evocar al

[191] Ídem. p. 70.
[192] Ídem. pp. 70-71.

"Derecho Natural", aunque entendido como estructuras lógico-objetivas que dotan de contenido axiológico al Derecho Penal.

2.3. EL *DEBER SER* KANTIANO Y SUS IMPLICANCIAS EN LA ANTROPOLOGÍA DE WELZEL

Respecto a la noción de *deber ser* kantiano utilizado por Hans Welzel, ya nos hemos referido en el capítulo 1 (apartados 1.1.4. y siguientes). En efecto, conviene recordar que, para Welzel, el *deber ser* tiene carácter de trascendente y posee doble importancia: limitar el poder y dotar de sentido a la existencia humana, ya que la limitación del poder encuentra su justificación en que ella permite dotar de sentido a la existencia humana, mientras que ésta solamente puede adquirir sentido mediante la limitación del poder. En ese sentido, afirma que sólo el *deber ser* trascendente obliga verdaderamente. Además, en cuanto al contenido del *deber ser*, Welzel coincide con Kant en el sentido que aquel consiste en el principio de que el hombre es un fin en sí mismo.,

De este modo, Welzel reconoce que el *deber ser* es el polo superior de toda teoría jurídica pues constituye el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido. En ese sentido, sostiene que el *deber ser trascendente* implica necesariamente la existencia de una "persona responsable", entendida como sujeto capaz de definir su propia vida, puesto que el *deber ser*, al contrario de la coacción, obliga en conciencia a la persona; es decir, le impone una responsabilidad por un orden de vida dotada de sentido. Si bien podría decirse que la antropología asumida en este planteamiento se asemeja a la asumida por Polo, lo cierto es que son diametralmente distintas, toda vez que la antropología de Welzel no se caracteriza por definir la persona en función a su naturaleza, sino en función a su capacidad para definir la finalidad de su propia existencia, como un ser que se hace y se define a sí mismo *porque sí*.

En otras palabras, como consecuencia de la desaparición de la naturaleza humana (*physis*) entendida como creación -y por tanto, con un fin que le es comunicado como principio de ordenación de la tendencia al fin[193]-, el hombre en Welzel es creador (se hace creador) de sus propios fines, lo cual implica que *a priori* sea un ser vacío, insatisfecho. Así, el hombre es legislador y juzgador de su propia existencia mediante el ejercicio de una voluntad concebida como potencia ilimitada, omnipotente. Se trata pues, de una antropología voluntarista *simétrica* a la antropología heredera de la tradición filosófica clásica.

Efectivamente, en el voluntarismo la voluntad es previa a la inteligencia; es decir, es irracional. Por lo tanto, si la voluntad es absoluta, es totalmente arbitraria. La voluntad no obedece a la razón porque es autosuficiente. Contrariamente a los clásicos - para quienes no se quiere nada que antes no se haya conocido, puesto que la voluntad se desencadena desde el conocimiento-, en la filosofía moderna, particularmente, en la de Kant, la voluntad procede desde un desencadenamiento *a priori* irracional y espontáneo; surge de sí. En ese sentido, hacemos nuestras las siguientes palabras de Polo:

> *"...la voluntad no puede admitir la regularidad de la razón: en este sentido, no es compatible con la lógica, sino con leyes arbitrarias, que en el fondo el sujeto las pone o las quita porque quiere. La voluntad no puede ceder. La verdad es verdad en tanto que es verdad de suyo. Respecto a la inteligencia, la voluntad es impotente porque no puede dar cuenta de si la inteligencia es verdadera y, por lo tanto, la tiene que romper (...), Toda postura de violencia es una declaración de impotencia.*[194]"

En tal sentido, observamos que la arbitrariedad o puro poder es la consecuencia directa de la existencia de una voluntad desligada de la razón, del conocimiento. Por ello, la filosofía moderna, si bien acepta la primacía de la voluntad, no cesa en sus esfuerzos por intentar

[193] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op.Cit. p.77.
[194] Ídem. p. 25. El subrayado es nuestro.

compatibilizar voluntad y razón; es decir, desde un marco de referencia voluntarista. De ahí que concordamos con Polo en admitir que no solamente la tesis de la supremacía de la voluntad sobre el entendimiento (razón o intelecto) sea falsa, sino que, en este esquema la voluntad está falseada[195].

Ahora bien, la falsedad de este planteamiento radicaría en que, de acuerdo con Polo, las distintas máscaras del voluntarismo son la espontaneidad y la fuerza de Newton[196], y la causa final es eliminada, en tanto y en cuanto se desconozca aquello a lo que se tiende. Consecuentemente, las ciencias se vuelven particulares adoptan el modelo voluntarista (vemos porque tenemos ojos, no tenemos ojos para ver), se incapacitan a sí mismas para llegar al fin; podríamos afirmar que se preocupan más por el *porqué* de las cosas que el *para qué* de las mismas. Sin embargo, la voluntad no es espontánea, por lo que el voluntarismo es falso.

La espontaneidad implica una *tautología causal*, es decir, un proceso espontáneo causado *porque si*, no *por sí*[197]. En este contexto el *porque sí* indica clausura, puesto que es la causalidad reducida a un punto (bloqueo causal); es decir, a la mismidad, toda vez que la causalidad se confunde consigo misma; no hay diferencia *causa-efecto*; ni tampoco *causa-causa*[198]. Por esta razón, una voluntad espontánea es aquella anterior a la razón; es decir, desprovisto de ella; en consecuencia, es una voluntad demente, sin control ni autocontrol. La ausencia de vinculación con la razón le sustrae los motivos y los fines que hacen de ella una verdadera voluntad, más allá de una simple *tendencia* (recuérdese el tránsito de la *voluntas ut natura* a la *voluntas ut ratio*).

---

[195] Ídem. p.26.
[196] La fuerza de Newton es la llamada *vis insita in rebus de la mecánica racional*. *"Los cuerpos, dirá Newton, se mueven espontáneamente: se trata del principio de inercia. La noción de ley sustituye la racionalidad, aunque aquí ésta es extrínseca"*. Cfr. POLO, Leonardo. Ídem. p.26.
[197] Ídem. p.27.
[198] Ídem. p.27.

De este modo, Polo advierte que el *porque sí* roba el motivo, porque al ser tautología causal es ubicado anterior a la voluntad, lo cual nos permite inferir que esto también supone otra simetrización: el *porque sí* sustituye el fin o causa final, ubicándose como causa de la voluntad; ergo, si la voluntad depende de condiciones iniciales, entonces, no hay libertad, volviéndose innecesario hablar de voluntad.

En consecuencia, la antropología implícita en el planteamiento filosófico de Hans Welzel es de corte voluntarista, en la que el propio *deber ser trascendente* (concepto de fuerte influencia kantiana) que subyacería en todo Derecho Natural es re-construido o re-interpretado de acuerdo a las necesidades del contexto histórico-social.

> *"Las teorías del Derecho natural parten de este deber ser trascendente a la existencia y vinculante como se parte de un axioma. En el fondo, no son otra cosa que el punto histórico en el que este deber ser se ha hecho conciencia en el hombre".*[199]

Asimismo, ello puede verificarse cuando Welzel hace referencia al carácter supratemporal del Derecho Natural y menciona los cuatro elementos que constituirían esta "categoría":

> *"Todos estos elementos – el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales- cuentan entre las nociones supratemporales de la doctrina del Derecho natural, porque representan el presupuesto de posibilidad de todo orden ético social y son, independientes de los contenidos de estos órdenes."*[200]

Por consiguiente, para entender qué es lo que quiere decir Welzel con que el *deber ser* incondicionado (*trascendente*) es una noción supratemporal independiente de su contenido,

---

[199] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.251. El subrayado es nuestro.
[200] Ídem. p.253. El subrayado es nuestro.

debemos referirnos a la cita anterior donde se hace alusión a que dicho *deber ser* deberá ser interpretado conforme la conciencia del hombre lo haya internalizado en un punto histórico determinado, abriéndose paso al relativismo moral. Como es posible advertir, la eliminación de la naturaleza humana (*physis*) dentro de este planteamiento es sustituida por la inclusión del concepto de "*deber ser trascedente*", cuyo significado está abierto a cualquier interpretación.[201]

Consecuentemente, con la expoliación de toda referencia a la naturaleza humana, la razón queda huérfana y desprovista de toda relación con el Bien como fin último y perfeccionador de la persona, convirtiéndose en mera razón instrumental orientada a la elaboración ficticia de los nuevos fines del hombre, para lo cual deberá promover "libertades". Así, no solamente se consiguió quebrar toda vínculo entre Derecho y Bien (el Derecho al servicio del hombre para alcanzar el Bien), sino también se suprimió la idea de que sólo hay un sistema axiológico válido (racional, legítimo y verdadero) para alcanzarlo, abriendo paso para el pluralismo y el nihilismo ético.

Finalmente, conviene anotar también que mientras en el esquema de la tradición filosófica clásica la dignidad de la persona humana era anterior a la libertad, en la filosofía moderna, particularmente, a partir de Kant, la libertad es previa a la dignidad; es decir, la dignidad es consecuencia de que la persona humana es libre[202].

2.3.1. EL *DEBER SER* Y LA NECESIDAD DE LA FUERZA COMO *PODER ORDENADOR*

Aunado a lo anteriormente expuesto, Welzel destaca que es importante que el *deber ser trascendente* sea reconocido y cumplido por los individuos que conforman una sociedad, para lo cual considera necesario que el derecho sea, a la vez, poder. Demás está decir que este poder

[201] Cfr. Punto 1.2.1.2. de esta investigación.
[202] Parafraseando, en la filosofía clásica la lógica era "No tenemos dignidad porque seamos libres, sino somos libres porque tenemos dignidad"; en la moderna es "Tenemos dignidad porque somos libres".

tendría carácter de ordenador, tal como hemos explicado en el primer capítulo. En este orden de las cosas, la instancia supraindividual por excelencia a ser llamada para ordenar es la voluntad del Estado, la cual, mediante la fuerza o coacción, establece un sistema de valores que intenta legitimarse como orden justo dentro de un grupo social. No cabe duda de que aquí también está presente una herencia voluntarista proveniente de la filosofía política de Hobbes.

Si bien Welzel intenta evitar que su planteamiento filosófico incurra en el voluntarismo mediante la inserción de un *deber ser trascendente* que brinde un contenido axiológico mínimo a la norma positiva (la cual contribuye a que el Derecho sea también poder), no llega a alcanzar su objetivo, puesto que nuevamente cae en el voluntarismo al concebir el mencionado *deber ser trascendente* en sentido kantiano; es decir, como un *deber ser trascendente* que vive y se desarrolla en la Historia, en la cual el paradigma dominante es la libertad individual, conllevando a que el significado y contenido del *deber ser* esté abierto a interpretación según un momento histórico determinado y, por ende, a la necesidad de una instancia supraindividual que coadyuve al establecimiento y normalización de dicho sistema axiológico dentro de una sociedad a través del *Poder Ordenador*.

En la lectura de Welzel, esta instancia supraindividual tiene la misión de actuar en los casos en que el cumplimiento del Derecho se haya amenazado o quebrantado por la arbitrariedad entendida como puro poder. De esta manera, el puro poder como expresión de la libertad kantiana en Welzel supone una voluntad irracional, la misma que se explica por la orfandad intelectual derivada de la expoliación del concepto de "naturaleza humana" (*physis*) en su planteamiento filosófico acerca del Derecho Natural. Por ende, podemos deducir que, en el planteamiento filosófico de Hans Welzel, la voluntad es concebida como anterior a la razón; produciéndose así un nuevo escenario de arbitrariedad, en la cual persiste la *simetrización*: el querer *porque sí* sustituye el fin o la causa final, ubicándose como causa de la voluntad.

Ahora bien, dentro de la lógica de Welzel, la actuación de dicha instancia supraindividual se realiza estableciendo (mejor dicho, *sincerando*) la *verdadera vida ética de un pueblo* a través de la normalización de la vigencia de los valores de ese pueblo, por intermedio de la aplicación de la ley penal, lo que evidenciaría *el papel ético social decisivo del Derecho positivo*[203]. Así, la instancia supraindividual sería la más importante responsable de "hacer o fabricar" individuos éticos, y el derecho penal su principal mecanismo para lograrlo.

Por otro lado, desde una lógica poliana, la arbitrariedad debe entenderse como voluntad irracional (el querer *porque sí*), desprovista y anterior a la razón; la arbitrariedad es expresión del voluntarismo, de una voluntad absoluta y absolutamente irracional (podríamos llamarla una "*situación luciferina*"), ya que la razón o la verdad es vista como limitación. De aquí la afirmación de Polo cuando comenta la influencia del voluntarismo de Ockham en la filosofía moderna de Kant y Hegel:

> *"Respecto a la inteligencia, la voluntad es impotente porque no puede dar cuenta de si la inteligencia es verdadera y, por tanto, la tiene que romper. Pero si la voluntad entra en incompatibilidad con la razón, cae en irracionalismo. Toda postura de violencia es una declaración de impotencia (...).*
>
> *La voluntad es incompatible con la razón; no puede aceptar lo necesario según razón, porque ello la limitaría. (...) La limitación de la voluntad es la limitación de poner la razón; es la repugnancia al compromiso, el miedo al compromiso racional, o a no querer subordinarse a la necesidad racional."*[204]

Dentro de este planteamiento, podemos inferir que la violencia es una manifestación de una voluntad absoluta incapaz de aceptar lo necesario según la razón, es decir, obrar con

[203] WELZEL, Hans. El problema de la validez del derecho. Op. Cit. p. 175.
[204] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op. Cit. p.25. El subrayado es nuestro.

justicia. Por lo tanto, la violencia, en tanto expresión de arbitrariedad, presupone una voluntad absolutamente irracional e injusta.

Al respecto, debemos hacer hincapié en que Polo, al referirse a la arbitrariedad, habla de violencia y no de fuerza. Por ello, podemos deducir, mediante interpretación *contrario sensu*, que la fuerza sería algo radicalmente distinto de la violencia: una expresión de racionalidad, la cual presupone una voluntad absolutamente racional, ordenada y justa. Por consiguiente, la fuerza, entre ellas la física, es válida en tanto y en cuanto se encuentra ordenada a la recta razón; en otras palabras, la recta razón, por el propio contenido de verdad que alberga, legitima con autoridad el recto obrar u obrar orientado al Bien, permitiendo el empleo del uso de la fuerza en caso de ser necesario.

Para complementar nuestra afirmación, nos remitimos al libro "*¿Por qué la violencia?*" de Sergio Cotta, en el cual plantea una clara distinción entre fuerza y violencia, de tal forma que:

> *"el respeto evoca la idea de fuerza, mientras que el desprecio evoca la de violencia. La conexión parece aún más interesante si invertimos los términos de la relación: la fuerza suscita (o puede suscitar) respeto hasta la admiración, en lugar de ello, la violencia, resentimiento hasta el odio y el desprecio"*[205].

Con ello, debemos precisar que la fuerza por sí misma no es válida (ello no sería fuerza, sino violencia como expresión de arbitrariedad); la fuerza (o coacción) únicamente debe ser entendida como medio al servicio de la justicia y del Derecho asentados sobre la base de la naturaleza humana o *physis*, en la cual reside la dignidad de la persona humana. Es decir, la fuerza obedece a la tendencia natural del hombre que, sólo en su conexión con la razón, se

---

[205] *"…il rispetto evoca l´idea di forza, mentre il disprezzo evoca quella di violenza. La connessione appare ancor più interessante se si rovesciano i termini di rapporto: la forza suscita (o può suscitare) rispetto fino all´ammirazione, la violenza invece risentimento fino all´odio e al disprezzo."* Cfr. COTTA, Sergio. Perche´la violenza? Una interpretazione filosófica. Japadre Editore – L´Aquila, Roma, 1998. p. 67. Traducción propia.

dispara hacia el fin último: el Bien. Por lo tanto, concluimos que la fuerza así entendida sería el verdadero significado de *Poder Ordenador*.

2.4. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE ORDEN ÉTICO - SOCIAL

Como bien hemos mencionado anteriormente, al igual que Kant, Welzel distingue entre Derecho y Ética, aunque no los separa en sus raíces. Efectivamente, Welzel considera que ambos están y deben estar fuertemente vinculados porque, de no ser así, se daría pie a *"la posibilidad de convertir el Derecho en instrumento del terror, de la anulación de la libertad de conciencia y de tortura"*[206]. De ahí su interés en estudiar el Derecho Natural y en intentar derivar un contenido axiológico necesario a partir de él, particularmente de la llamada naturaleza humana (*physis*), aunque al final opte por un planteamiento kantiano para justificar su axiología basada en estructuras lógico-objetivas destinadas a la protección de la persona humana.

Al respecto, concordamos con Welzel en el sentido de que el Derecho necesariamente tiene que estar unido a la Ética, aunque discrepamos de él en relación con la posibilidad y a la importancia de derivar ésta a partir de la naturaleza humana (*physis*). Tal como lo hemos demostrado en este capítulo, sí es posible afirmar que el concepto de naturaleza humana (*physis*) es objetivo y que sólo puede alcanzarse mediante una Antropología Filosófica de corte realista, como la propuesta por Tomás de Aquino y seguida por Leonardo Polo.

Por otro lado, otra de las características que adquiere la definición de Derecho en la obra de Welzel es la idea de orden supraindividual válido y vinculante tanto para quien lo cumple como para el que lo infringe:

---

[206]WELZEL, Hans. El nacimiento del moderno concepto del Derecho. En: WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004. p.255.

"El derecho, en tanto orden supraindividual, tiene que ser un orden no sólo para el que actúa (o el que omite), sino también para el paciente, es decir, aquél que es alcanzado por la acción (o la omisión)".[207]

Es interesante apreciar el paso que da Welzel para rescatar y revalorar la idea de Derecho como orden más allá de un puro sistema formal de normas[208], la cual era una idea muy presente en el Derecho Natural de Tomás de Aquino. Sin duda, la concepción que tiene Welzel del Derecho tiene un carácter vital que se conjuga con las distintas manifestaciones humanas que se dan en la sociedad a lo largo de la Historia.

"El Derecho es un complejo de proyectos de orientación del orden de la vida social, que, sobre la base de formaciones institucionales tradicionales y bajo las condiciones concretas del presente, en parte se continúan y en parte se reformulan o se establecen de nuevo."[209]

En este sentido, podemos deducir que Welzel tiene una noción del Derecho como instrumento de orden político, entendiendo a la *Política* en su sentido más elevado; es decir, como bien común, toda vez que menciona que el Derecho posee una función de *orientación de orden de la vida social*, la cual debe ser entendida como vida en comunidad o *coexistencia*.

Ahora bien, otro aspecto relevante a destacar de lo mencionado por Welzel es el reconocimiento de que el Derecho se encuentra imbricado estrechamente con las instituciones

---

[207] WELZEL, Hans. Ley y Conciencia.pp.67-105. p.102. En: WELZEL, Hans. Más allá del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. Op.Cit. 255 pp. El subrayado es nuestro.

[208] En ese sentido, la noción de Welzel sobre Derecho como orden supraindividual nos remite a Carl Schmitt y su obra *"Los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica"*, en la cual expone que una de las formas en la que el Derecho puede ser pensado es la de orden concreto, según la cual: *"Para el modo de pensar jurídico del orden concreto, el "orden", también el jurídico, no es considerado ante todo como una regla o una suma de reglas, sino que, por el contrario, la regla se concibe únicamente como un elemento e instrumento del orden. (...) La norma o regla no crea el orden, tiene más bien, sobre el terreno y en el marco de un orden dado solamente una cierta función reguladora; en la que la medida de validez, en sí autónoma, de la ley, es decir, independientemente de la situación de las cosas, es relativamente pequeña".* En: SCHMITT, Carl. Los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica. Estudio preliminar, traducción y notas de Monserrat Herrero. Tecnos, Madrid, 1996. Pp. 11-12.

[209] WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. En: WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004. 255pp. p.174. El subrayado es nuestro.

sociales, las cuales se encuentran en permanente dinamismo, lo que evidencia que el Derecho adopta siempre una forma social. No obstante, debemos hacer notar que la visión que posee Welzel sobre el Derecho no niega, a su vez, la posibilidad de que parte del contenido del Derecho se mantenga constante y permanente, razón por la cual conviene traer a la memoria la respuesta brindada por Leonardo Polo, cuando en una entrevista le preguntaron si el Derecho es un concepto mutable a través de la historia, tras lo cual contestó lo siguiente:

> *"Bueno, no hay duda que el Derecho experimenta variaciones históricas, pero quizá su función sea la misma a lo largo de la Historia. Lo que ocurre es que esa función en los derechos vigentes en cada momento no ha sido cumplida de la misma manera.*
>
> *El Derecho es una especial normatividad que descansa sobre dos nociones: la titularidad y la capacitación o potestad. No hay derecho sin titular y no hay derecho si éste no faculta. En la medida que el Derecho se refiere al titular tiene un entronque en la persona humana. La titularidad, por otro lado, es necesaria para formular un sistema que aumente la capacidad natural del sujeto para ciertos fines: primero, protegerlo contra las agresiones y luego, hacer posible que el hombre pueda llevar a cabo acciones – porque tiene capacidad para ello – que superen su capacidad de ejecución física. (…) Me parece claro que lo que el Derecho hace es facultar en la medida que aumente las capacidades del titular.*[210]

De esta manera, podemos apreciar que Welzel y Polo coinciden en que el Derecho es necesariamente un instrumento al servicio de la persona humana como protección frente al puro poder (Welzel) o la arbitrariedad (Polo), y como técnica que incrementa las capacidades de ella

[210] VINCES, Octavio. "Una sociedad poco juridificada inhibe la actividad humana". Entrevista a Leonardo Polo. En: Revista Ius et Veritas. Pp. 22 – 24. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15308/15769 . Consultada el 27 de septiembre de 2018.

(Polo). Asimismo, podemos afirmar que Polo concuerda nuevamente con Welzel en que el Derecho tiene como función estar vigente y ser reconocido, para lo cual es preciso que también sea poder (Welzel) o esté asegurada por un poder coercitivo (Polo):

> *"La función de un derecho es que esté vigente y sea reconocido. Esa exigencia conviene muchas veces que esté asegurada por un poder coercitivo que en las organizaciones modernas conlleva unas penas, unas sanciones y una capacidad por parte de quien promulga el derecho de hacerlo cumplir. Esta es una de las misiones que el Estado ha asumido"*[211]

Esta idea nos lleva directamente a colegir que la fuerza (*poder coercitivo*) es un elemento accesorio y no consustancial a la definición de Derecho, pues su existencia sólo refuerza o pretende garantizar la vigencia o cumplimiento de aquel; e inmediatamente, la fuerza nos traslada al ámbito del Derecho Penal y, específicamente, a la discusión sobre la relevancia de la vigencia de la norma y de los bienes jurídicos como principales elementos de justificación y legitimación de esta rama del Derecho, tema fundamental que será abordado a continuación.

2.4.1. EL DERECHO PENAL Y LA VIGENCIA DE LA NORMA COMO FINALIDAD ÉTICO - SOCIAL

Debemos recordar que, para Welzel, el Derecho Penal tiene como función primordial *proteger los valores ético – sociales elementales de la vida en comunidad*[212]. Además, bajo la

---

[211] Ídem. p.23.

[212] En el presente caso, para referirnos al planteamiento de Welzel empleamos indistintamente los términos "función" y "finalidad". Por ello, aquí el término "función" no debe ser entendido en el sentido formulado por Günther Jakobs en su teoría Funcionalista Penal, la cual es tributaria del Funcionalismo Sociológico de Talcott Parsons y Niklas Luhmann. Según el Funcionalismo Penal de Jakobs, la palabra "función" designa "las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación, [resultan necesarias] para el mantenimiento del sistema social". Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. ¿Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas sobre la pretendida escisión de la función de la pena. En: JAKOBS, Günther. Bien Jurídico, Vigencia de la norma y Daño Social. Colección Dogmática Penal Nª2. 1era Edición. Ara Editores, Lima, 2010.

categoría "valores ético – sociales elementales" comprendía a los llamados "bienes jurídicos", aunque enfatizando en que la protección no es directamente sobre estos, sino sobre la propia norma penal en sí misma, la cual contiene una prohibición de una determinada conducta o acción humana, cuya realización arriesgaría o lesionaría un valor "ético – social elemental" de la vida en comunidad.

Por lo tanto, podemos colegir que, de acuerdo con Welzel, la norma penal tendría carácter autorreferencial[213]; en otras palabras, la prohibición contenida en la norma penal no es la finalidad última que pretendería alcanzar la norma penal, sino la salvaguarda de su propia existencia, de la vigencia misma de la norma[214].

Al respecto, podemos agregar también que, dentro de esta lógica, el valor "ético – social elemental" vinculado intrínsecamente a la prohibición contenida en la norma penal, no sería sino más que una fuente de legitimización del propio Derecho Penal frente a la sociedad; es decir, de la *superestructura ideológica* a la que hacía alusión Welzel[215], con lo cual se comprueba aquello de que *"la legitimidad desaparece absorbida por la efectividad"*[216], toda vez que el fin último de la norma penal es mantener y proteger su propia vigencia (efectividad), al margen de si ésta coadyuva a que los *"valores ético – sociales elementales"* (legitimidad) lleguen a ser más interiorizados y cumplidos por parte de las personas que componen una sociedad.

---

[213] La autorreferencialidad como rasgo de los sistemas sociales ha sido un tema ampliamente desarrollado por Luhmann desde la Sociología, y posteriormente aplicado por Jakobs en el estudio del Derecho Penal en tanto subsistema social. Sin embargo, dicha idea ya estaba latente en el planteamiento de Hans Welzel, aunque concebida de manera distinta, puesto que la autorreferencialidad de la norma estaba vinculada ligada a valores ético – sociales como categorías "ontológicas". Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En: JAKOBS, Gûnther. Bien Jurídico, Vigencia de la norma y Daño Social. Colección Dogmática Penal Nª2. 1era Edición. Ara Editores, Lima, 2010.

[214] El carácter autorreferencial de la norma penal sería profundizado, posteriormente, en el planteamiento del llamado Funcionalismo Penal, propuesto por Gûnther Jakobs, discípulo de Welzel.

[215] WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Op. Cit. p.170.

[216] Ídem. p. 170.

Efectivamente, podemos alegar que la "vigencia de la norma", en el planteamiento de Welzel, está enmascarada por una superestructura ideológica caracterizada por la presencia de un discurso "ético – social", cuyo fundamento sería el "*deber ser trascendente*" kantiano, razón por la cual, en dicho planteamiento, la "vigencia de la norma" aparece como una finalidad "ético-social" del Derecho Penal.

Ante este panorama, es admisible afirmar que la propia concepción del Derecho Penal en Welzel arrastra una carga de voluntarismo kantiano, la cual ha permanecido básicamente inalterable hasta nuestros días (incluso ha llegado a incrementarse en la propuesta de Jakobs)[217]: la norma penal se vuelve causa última de sí misma al tener como fin su propia vigencia, y deja de ser instrumento de la ética, para convertirse en fin en sí mismo. Estamos frente a un caso de *tautología causal* que, como bien se ha explicado anteriormente, implica clausura (la norma penal "es y se justifica" *porque sí*) como resultado de haber expoliado a la naturaleza humana (*physis*) y al Bien como su marco referencial. En consecuencia, a partir de Welzel, la norma penal es una manifestación, también, de una voluntad demente, libérrima, sin control ni autocontrol.

Este carácter descontrolado de la norma penal se evidencia en la angustia en la que incurre el Derecho Penal en su búsqueda para encontrar nuevas formas de auto legitimización frente a la sociedad y que se expresa de dos modos: *primero*, la creación y proliferación de nuevos tipos penales que intentan reconocer o resguardar nuevos *"valores ético-sociales elementales"* tales como la vida de las mujeres y homosexuales (tipificación de los llamados "crímenes de odio" como delitos autónomos), los animales, etc., aunque también algunos tradicionales (tipificación de nuevos y más delitos referidos a la vida, el cuerpo y la salud -

[217] Incluso, podría decirse que se ha incrementado con la hegemonía del Funcionalismo Penal de Gûnther Jakobs en la Dogmática Penal actual, ya que en ella se ha eliminado todo rastro del elemento axiológico presente en la llamada postura Ontologista del Finalismo Penal de Hans Welzel.

lesiones) y, *segundo*, en la sobre-criminalización de ciertas conductas delictivas a través del aumento de la pena privativa de libertad para algunos delitos[218].

Quizá sea este el origen del "populismo penal" que padecen nuestros legisladores, lo cual genera en la sociedad altísimas expectativas respecto al cumplimiento de la norma penal, produciéndose una honda frustración social cuando ello no es así, y provocando un resultado contraproducente en el sistema penal: su deslegitimación.

2.4.2. LA SOCIEDAD COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA COEXISTENCIA DE LAS PERSONAS

Conviene recordar que, siguiendo a Leonardo Polo, la persona interactúa con otras *para constituir sociedades*, debido a que ella no es individualidad, sino apertura; un "*ser-con*" que coexiste con otros "*ser-con*". Posteriormente, en sus *Lecciones de Ética*, podemos advertir que, a partir de la idea de coexistencia o *convivencia*, define a la *sociedad* como *"el estatuto de las manifestaciones humanas en la convivencia, o el estatuto manifestativo del hombre, sin el cual no hay convivencia humana*[219]*."*

Una de las mayores ventajas de esta definición es que permite concebir a la sociedad más allá de una simple perspectiva empirista y distinguirla del carácter social de algunas realidades (*lo social*), para lo cual es preciso comprender previamente los tres elementos en los que se puede descomponer dicha definición: estatuto, manifestaciones humanas y convivencia, por lo que conviene observar lo que Polo anota cuando se refiere a la idea de la sociedad como manifestación:

---

[218] No pretendemos negar la importancia de reconocer el resguardo de la dignidad de las mujeres, homosexuales (comunidad LGTBI, en su conjunto), ni desmerecer el cuidado que merece el medioambiente, sólo queremos hacer hincapié en que la multiplicación desmedida de los tipos penales muchas veces no alcanza a ser eficaz en conseguir aquello que pretende; esto es, la disminución de la realización de las conductas tipificadas como delitos.
[219] POLO, Leonardo. Lecciones de Ética. Op. Cit. p.129.

> *"Es del orden de la manifestación en cuanto que acontece efectivamente. No es pensable como orden precedente. Es una manifestación establecida, un estatuto. Si no, no la hay, porque la manifestación lo es cuando se produce, no antes. La manifestación de lo humano lo es en cuanto manifiesta. (...) Mientras algo sea manifestable, no es manifestado. La sociedad no puede ser un posible. La sociedad es indefectible, es decir, no puede fallar en términos absolutos, sino que este estatuto de la manifestación hace que la sociedad sea aplicable a cualquier dimensión humana en cuanto se manifiesta. Lo humano está manifiesto en la sociedad."*[220]

Para empezar, al entender a la persona como coexistencia (*ser-con*) estamos concibiéndola como *apertura* hacia otras personas. Dado que todas ellas son seres *aportantes*, tal como lo hemos explicado anteriormente, sus acciones recaen sobre las demás personas, así como sobre las acciones de éstas. Estas acciones constituyen *manifestaciones humanas* tan pronto han sido exteriorizadas o manifestadas por las personas, pues dejan de pertenecer a la *intimidad* personal (hasta este momento conforman lo *pre-social*) y adquieren su carácter *social*, puesto que acontecen efectivamente en la *sociedad*, entendida como *estatuto* o *manifestación establecida*, y conforme a ella. Así, las interacciones de todas estas acciones van configurando relaciones *sociales* que forman parte de la convivencia humana. En otras palabras, *la sociedad es la efectividad misma de la convivencia humana en cuanto tal*. Por lo tanto, *vivimus, ergo societas.*

Por consiguiente, de acuerdo con Polo, *la sociedad no tiene carácter de hipóstasis, de sustancia; tiene carácter de estatuto precisamente porque las manifestaciones humanas permanecen, quedan establecidas, adquieren presencia real*[221]. Ello, como consecuencia de la capacidad de las manifestaciones humanas para estar establecidas o estatuidas. Y

---

[220] Ídem. p. 131. El subrayado es nuestro.
[221] Ídem. p. 131.

complementamos: para estar establecidas en forma de *cultura*. En contraposición, asumir que la sociedad tiene carácter de hipóstasis implicaría admitir la existencia de una suerte de *Volkgeist* del que hablaba Fichte. De esta manera, podemos colegir que buena parte de esta realidad puede explicarse a partir del reconocimiento de que la sociedad está integrada por personas, cuyos actos, si bien son personales, adquieren la condición de "social" porque son manifestación manifiesta; *ergo*, se establece, se estatuye. Trasciende.

Prosiguiendo nuestro razonamiento, podemos alegar cuatro consecuencias: *primero*, la sociedad no es un hecho empírico; es decir, no es posible identificar empíricamente la *sociedad* con un hecho social fáctico o *manifestaciones humanas en la convivencia*, aunque la existencia efectiva de éstas permite presuponer *el estatuto que llamamos sociedad*; *segundo*, estas manifestaciones humanas conforman la *cultura*; *tercero*, debemos diferenciar la *sociedad* como efectividad de la convivencia humana de los discursos, ideologías y estructuras sociales que intentarían legitimar dicha realidad, así como de las instituciones creadas bajo este marco por las personas en su convivencia o coexistencia; y *cuarto*, porque los actos personales al adquirir carácter social son *trascendentes*, pueden ser continuados en distintas posibilidades[222].

2.5. LA IMPUTACIÓN KANTIANA EN EL DERECHO PENAL DE HANS WELZEL: MÁS *SIMETRIZACIONES*

La *simetrización* presente en la antropología filosófica asumida por el planteamiento filosófico jurídico de Welzel, consecuentemente tiene implicancias también en la concepción de imputación que asume. Así lo permite inferir Alberto Donna, al comentar la preferencia de Welzel por una concepción de imputación según la libertad, en contraposición a la de imputación según la naturaleza, perspectiva naturalista, la cual había sido utilizada por el

[222] Ídem. p. 133.

régimen Nazi para legitimar los numerosos crímenes contra la dignidad de la persona[223]. De esta manera, Alberto Donna realiza la siguiente advertencia:

> *"…la teoría de Welzel no es otra cosa que el regreso a la idea tradicional de la ilustración, en el sentido de la imputación a la libertad. Ya este tema se había discutido en autores como Pufendorf, Kant y Hegel. Ellos habían distinguido entre la imputación a la causalidad y la imputación a la libertad"* [224].

Tal como lo anota Alberto Donna, la imputación a la causalidad no es más que identificar una relación causal: dado un hecho A, entonces necesariamente debe darse el hecho B (es el caso de la llamada imputación objetiva del Derecho Penal). Por su parte, la imputación a la libertad, también llamada normativa o moral, presupone la libertad del actuante[225]. En ella, la libertad orienta la causalidad, concordando con Kant en el sentido de que *"Si las acciones no fueran libres, sino procesos producidos por la necesidad natural, la imputación no podrá referirse a nada*[226]*"*. Por tanto, la acción considerada como libre constituye un concepto de causa en sentido fuerte, puesto que ella determina el efecto.

En tal sentido, debemos acotar que en este razonamiento puede identificarse además una extrapolación de la *physis* (cósmica) al actuar humano, en el caso de la imputación a la causalidad; mientras que, en el caso de la imputación a la libertad, de influencia kantiana, se verifica que ésta es una nueva *simetrización* de la antropología filosófica de tradición clásica tomística. En tanto, algunos autores penalistas han pretendido desconocer esta realidad

---

[223] Cabe señalar que no es casualidad que dicha perspectiva naturalista haya sido iniciada por Von Listz, quien fue uno de los precursores del causalismo cientificista. El causalismo, aunado con el positivismo en el Derecho Penal, fue utilizado por el régimen supremacista nazi para llevar a cabo su proyecto político.
[224] DONNA, Edgardo. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al Positivismo y al Nacionalsocialismo. Op. Cit. p. 67. El subrayado es nuestro.
[225] Ídem. p.87.
[226] Ídem. p.89.

señalando que el planteamiento de Welzel sobre la imputación sería más cercano al naturalismo, toda vez que, tal como lo afirma Fernando Miró Llinares:

> *"Por eso, la imputación, tal y como la concibe el finalismo, influenciado Welzel por la obra de Pufendorf, no puede identificarse con la imputación aquí sostenida. Para el finalismo, la imputación supone la fijación de un límite ontológico, de un sustrato que tiene una estructura interna regida por la voluntad (o fin) muy cercana al naturalismo de Aristóteles (...)"*[227].

Por si ello no bastara, la crítica realizada por los señalados autores penalistas arrastra, a su vez, los mismos errores de la *simetrización*, atribuyendo al pensamiento de Kant una originalidad frente a la llamada tradición filosófica naturalista enarbolada por Pufendorf, de quien Welzel habría recibido una fuerte influencia:

> *"Frente a ello, <u>el giro de la filosofía moral kantiana al sujeto cognoscente, cambia significativamente la perspectiva: la imputación ya no consiste</u> en un "proceso de descubrimiento" de la presencia previa (ontológica) de un hecho sobre la base de unos presupuestos, <u>sino más bien de</u> <u>un juicio que realiza el sujeto imputante (el juez) que no es "de reconocimiento", sino "constituyente"</u>; pues es el que imputa a alguien la realización de un hecho a partir de unas determinadas reglas el que "crea" ese hecho a los efectos que interesan al juicio de responsabilidad"*[228].

Asimismo, en ese mismo orden de ideas, Miró Llinares insiste en que la imputación a la libertad, o imputar en sentido moral, supone la aplicación de un método que consiste en el estudio de la voluntad por medio de principios *a priori*, y ya no empíricos, mediante los cuales se procede a realizar un juicio (constitutivo) sobre la relación entre el artífice y el hecho, en el

---

[227] MIRÓ, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. En: MIRÓ, Fernando. La Imputación Penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs. Ara Editores, Lima, 2010. Pp. 13-53. P.38.
[228] Ídem. p. 38. El subrayado es nuestro.

cual el nexo que los vincula es la libertad[229]. Sin embargo, cabe preguntarnos, ¿por qué existen estas opiniones encontradas en torno a la idea de imputación manejada por Welzel?

La explicación más probable reside en la teoría de la acción asumida por Welzel, para quien la acción humana es una de las estructuras lógico-objetivas que limita la facultad de regulación del legislador y, como hemos apreciado en el capítulo 1, es una de las disposiciones humanas que constituyen los pilares fundamentales del Derecho Natural concebido como una superestructura ideológica con carácter supratemporal. Además. en la lógica de Welzel, la acción tiene carácter ontológico y su estructura siempre es finalista y domina la causalidad, por lo que, en este sentido, la finalidad no puede ser inventada sino encontrada[230]. Esta última idea sería la que daría pie a la confusión, surgida entre los penalistas, acerca de la noción de imputación que manejaría Welzel en su obra filosófica jurídica penal.

Hasta aquí, podemos sintetizar nuestros principales hallazgos en materia de simetrización filosófica presente en Welzel:

Tabla 3: Principales simetrizaciones halladas en el pensamiento filosófico de Hans Welzel frente a la filosofía realista. Elaboración propia.

SIMETRIZACIÓN			
CONCEPTOS	**FILOSOFÍA REALISTA – POLO**	**FILOSOFÍA MODERNA**	
		WELZEL	**KANT**
Naturaleza Humana *(Physis)*	Es efusiva (*rebrotar*) La naturaleza humana es causa de la dignidad de la persona.	No existe (definición variable sujeta a manipulación)	No existe

[229] Ídem. p. 38.
[230] DONNA, Alberto. Op. Cit. p.86.

A priori	Razón/Voluntad como Potencia finita	Voluntad como Potencia infinita	Voluntad como Potencia infinita
Libertad Trascendental	Voluntad en conexión con la razón dirigida al Bien.	Libertad kantiana. Efecto: libertad es causa de la dignidad	Libertad kantiana. Efecto: libertad es causa de la dignidad
Libre Albedrío	Capacidad para elegir entre el bien o el mal.	Libre albedrío se confunde con libertad kantiana	Libertad kantiana
Persona	Persona como *además;* como *apertura.*	Persona responsable (kantiana)	Persona responsable (kantiana)
Bien	Perfeccionador/Fin último	No existe; es reemplazado por la libertad kantiana (*el porque sí*). Efecto: voluntarismo y *deber ser*	No existe; es reemplazado por la libertad kantiana (*el porque sí*). Efecto: voluntarismo y *deber ser*
Imputación	¿Libre albedrío, virtudes?	Imputación a la libertad /Imputaciòn a la causalidad	Imputación a la libertad (a la luz del *deber ser* como l*o debido*)

En conclusión, hemos demostrado las principales simetrizaciones incurridas por el pensamiento filosófico de Hans Welzel en su intento por formular una propuesta de definición del Derecho Penal basada en la persona con el propósito de dotarle a aquel un contenido axiológico normativo capaz de servir como límite a cualquier oportunidad en la que el Derecho corra el riesgo de degenerar en arbitrariedad; ello, luego de fracasar en su búsqueda por conocer

el significado de la naturaleza humana (*physis*) a la que consideraba la fuente última de todo contenido axiológico presente en toda definición de Derecho Natural, de la cual dependería la validez de todo ordenamiento jurídico positivo, entre los que destaca el Derecho Penal.

CAPÍTULO 3

LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) COMO CONTENIDO AXIOLÓGICO OBJETIVO DEL DERECHO PENAL

3.1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo intentar proponer un diálogo entre el pensamiento de Welzel y la propuesta de crítica al mismo desde la antropología filosófica de Leonardo Polo, teniendo muy en cuenta las limitaciones teóricas que existen al día de hoy, debido a que muchas de las ideas que se proponen en esta investigación provienen del campo de la antropología filosófica, por lo que su aplicación al Derecho exige su demostración a través de un estudio de mayor profundidad, para lo cual ameritaría un desarrollo teórico filosófico que sobrepasaría la finalidad de la presente tesis.

Sin embargo, creemos que ello no constituiría obstáculo para formular una propuesta limitada al redescubrimiento de la naturaleza humana (physis) para una definición de Derecho Natural verosímil y su implicancia normativa para el Derecho Penal. Por ello, empezaremos asumiendo que el significado de naturaleza humana (*physis*) es objetivo, tal como se ha argumentado en el capítulo precedente.

Posteriormente, describiremos cómo este significado de naturaleza humana no entraña en sí mismo una valoración previa (prejuicio) respecto de (los contenidos axiológicos de la actividad de) la persona humana; por el contrario, sostendremos que la dignidad de la naturaleza humana de la persona nos lleva a pensar de que, en virtud del libre albedrío, es un ser distinto de los animales, razón por la cual la ética es intrínseca a todo su actuar, así como a su necesaria

protección por parte del Derecho, el mismo que tiene que estar vinculado a una ética enraizada en la propia naturaleza humana, capaz de contribuir a su perfección moral a la luz del Bien.

Asimismo, desde nuestra perspectiva, dicha ética debería concebir a la persona humana como un ser en coexistencia con otros semejantes a él y en sociedad. A la vez, cabe señalar que la sociedad también es susceptible de perfeccionamiento moral a la luz del Bien, para lo cual debería contar con el auxilio del Derecho, en general, y del Derecho Penal, en particular. En ese sentido, cabe indicar que el Derecho Penal actualmente reconoce como finalidad primordial el aseguramiento de la 1 de la ley penal, así como de los bienes jurídicos.

Ahora bien, estos bienes jurídicos pueden ser de carácter personal o de carácter social, según su entroncamiento con alguna dimensión de la persona humana o con la sociedad. De esta manera, los primeros tienen carácter de absoluto, mientras que los segundos son susceptibles de variación de acuerdo al contexto histórico – social.

De este modo, este hecho marca una directriz ética para el Derecho Penal: los bienes jurídicos de carácter personal merecen protección total y conformarían el contenido nuclear (e irrenunciable) del Derecho Natural, en tanto que aquellos bienes jurídicos de carácter social estarían sojuzgados o subordinados a los primeros por tener carácter contingente; es decir, son variables según la configuración de la sociedad en un determinado espacio – tiempo histórico.

Así, ante un ordenamiento jurídico específico, podríamos afirmar que la Constitución contiene y reconoce los bienes jurídicos que una sociedad considera axiológicamente relevante y merecedora de protección jurídica, y que el Derecho Penal reconoce especial protección jurídica a aquellos bienes jurídicos que son de especial importancia para la coexistencia de las personas.

Finalmente, analizaremos algunos casos a fin de ilustrar algunos alcances de nuestra investigación.

3.2. LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) Y SU CONTENIDO OBJETIVO

Luego de revisar las objeciones de Welzel respecto de la univocidad del concepto de naturaleza humana (*physis*) a lo largo de la historia de la filosofía, observamos que, por el contrario, Polo admite la existencia de la naturaleza humana (*physis*), la cual considera importante para ofrecer una definición de persona.

Después de haber apreciado en el capítulo precedente la justificación de Polo para aseverar que la naturaleza humana (*physis*) puede ser definida desde la antropología filosófica, es posible sostener que ella tendría un sentido unívoco.

Efectivamente, desde nuestra lectura personal de la obra de Polo, podemos apreciar que el significado de "naturaleza humana" (*physis*) posee un contenido permanente, invariable y objetivo, el cual no incurre en apriorismos axiológicos sobre la persona ("el hombre es bueno por naturaleza" o "el hombre es malo por naturaleza"). En este sentido, podemos deducir que se trata de una perspectiva realista, en donde la naturaleza humana posee un carácter que distingue al hombre del resto de los animales; tras lo cual, podemos asegurar que el hombre posee dignidad[231], con la precisión de que cada persona es distinta e irreductible.

Asimismo, esta visión sobre la naturaleza humana nos permite apreciar al hombre como un ser que no solamente posee instintos (aminorados, pero instintos, al fin y al cabo), sino que está dotado de libre albedrío, capaz de elegir entre el bien y el mal, razón por la cual todo su actuar es susceptible de ser valorado y juzgado éticamente; es decir, nos permite considerar al hombre como un ser dotado de un cuerpo (materia) y de inteligencia y voluntad (espíritu)[232]. Además, nos permite considerar el hombre como un ser técnico (*homo faber*); el que, por su

[231] Por lo tanto, es el único ser en el mundo que puede tener derechos y deberes.
[232] Desde nuestra perspectiva, es muy importante rescatar la dimensión corpórea de la persona humana, a diferencia de posturas filosóficas que sólo consideran o definen al hombre desde el ámbito de lo puramente intelectual como un ser puramente libre. Ello nos permite destacar la idea de la materia como principio de limitación, entre otras.

misma naturaleza, es un ser en *apertura* que crea y se vale instrumentos para desempeñar sus distintas actividades.

Precisamente, uno de esos instrumentos creados por el hombre es la norma penal (Derecho Penal), cuya finalidad es la imposición de una pena a personas que cometen conductas delictivas o criminales que infringen determinados bienes jurídicos.

Ahora bien, el procedimiento de creación, modificación o derogación de la norma penal está regida por el principio de legalidad y se encuentra a cargo del legislador, el cual suelen ser los miembros del Poder Legislativo, aunque también podrían ser miembros del Poder Ejecutivo.

De este modo, la norma penal no solamente es creada por el hombre - implica una actividad humana: legislar -, sino que está orientada a actuar sobre su propia conducta: la del autor del delito, la de la víctima (si aún vive) y sobre los demás miembros de la sociedad. Por esta razón, es posible colegir que la norma penal tiene una implicancia ética, por lo que es imprescindible que se sujete a ella.

No obstante, la norma penal por sí sola no es suficiente para conocer la finalidad última del Derecho Penal, ni tampoco de qué manera éste debe estar al servicio de la persona humana sin arriesgarnos a confundir la voluntad del legislador penal con lo bueno o lo malo.

Este último hecho conlleva a reflexionar sobre la necesidad de la existencia de un Derecho Natural entendido como un conjunto de principios éticos y jurídicos derivados de las características de la dignidad de la naturaleza humana (*physis*), la cual posee carácter objetivo, para el Derecho Penal y la propia norma penal.

3.3. LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*): SUS IMPLICANCIAS ÉTICO – SOCIALES PARA EL DERECHO PENAL

Después de haber arribado a la idea de que la naturaleza humana posee carácter objetivo, es oportuno explicar las implicancias que ella acarrea tanto para la ética, como para la sociedad, vistas desde el prisma del Derecho Penal.

Para tal efecto, empezaremos admitiendo que sólo las personas humanas pueden conformar sociedades, debido al carácter efusivo de su naturaleza humana. En otras palabras, la naturaleza humana predispone a las personas a la apertura hacia el otro; hacia la coexistencia. Así también, por la naturaleza humana, las personas tienen voluntad e inteligencia y, en virtud del libre albedrío, pueden actuar libremente por sobre el mundo, abriéndolo e interactuando con otras personas y con su entorno. De ahí que afirmemos que su actuar tiene una relevancia o trascendencia ética, social y comunicativa.

Ahora bien, desde el ámbito del Derecho Penal, el punto de enlace entre la naturaleza humana y la sociedad estaría conformado, a nuestro entender, por los llamados bienes jurídicos[233].

Entonces, siguiendo a Polo, la sociedad es el estatuto necesario para la coexistencia entre las distintas personas que la integran. Por ello, podemos inferir que la efectiva protección de la sociedad brindada por parte de la norma penal favorece la efectiva protección de las personas. Tal protección estaría mediatizada a través del procedimiento de tipificación de conductas consideradas delictivas o criminales por afectar, vulnerar o poner en riesgo uno o varios bienes jurídicos que resultan ser penalmente relevantes, porque el grado de valoración que tienen frente a la sociedad es muy alto.

---

[233] No es el propósito de esta investigación explicar la historia de su conceptualización, a partir de su introducción en la Dogmática Penal, por parte del penalista alemán Birbaum en 1834. Sin embargo, puede revisarse información en: POLAINO, Miguel. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes? En: JAKOBS, Gûnther. Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social. Op. Cit. pp. 33-55.

De esta manera, podemos sugerir que los bienes jurídicos desempeñan una triple función para la norma penal: a) como puntos de referencia para la correcta delimitación y tipificación de la conducta delictiva o criminal; b) como criterio de orientación para su correcta interpretación; y c) como fuente de su propia legitimación.

Anteriormente, habíamos indicado que, de acuerdo con nuestra línea de investigación, si bien todos los bienes jurídicos están asentados sobre la dignidad de la naturaleza humana, podemos clasificarlos en personales y sociales. Los primeros son aquellos que estarían directamente entroncados con alguna dimensión de la (naturaleza de la) persona humana o con toda ella (vida, libertad, etc.), mientras que los segundos son los que las personas "crean" (instituciones, estructuras, etc.) para favorecer la permanencia y estabilidad de la sociedad, a fin de contribuir al desarrollo de la persona humana.

De esta manera, los bienes jurídicos personales poseerían carácter necesario y permanente, mientras que los sociales, si bien son muy importantes, poseerían carácter contingente y variarían de acuerdo al contexto histórico – social de cada sociedad.

Así, podríamos afirmar que la dignidad de la naturaleza humana es el fundamento de los bienes jurídicos personales y sociales, y su correspondiente protección por parte del Derecho, en general; y por el Derecho Penal, en particular.

A partir de ello, ahora procedemos a intentar demostrar los siguientes tres supuestos: *primero*, la dignidad de la naturaleza humana como principio normativo objetivo de carácter axiológico para la norma penal; *segundo*, la dignidad de la naturaleza humana como contenido vinculante del Derecho Natural frente al ordenamiento jurídico penal; y *tercero*, el reconocimiento de que todo Derecho tiene un contenido ético permanente y vinculante. De esta manera, llegaríamos a la conclusión de que el Derecho Penal tendría un contenido ético

permanente y vinculante que sólo variaría en la forma de materializarse, de acuerdo a la realidad sociocultural de cada sociedad[234].

3.3.1. LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUAMANA (*PHYSIS*) COMO PRINCIPIO NORMATIVO OBJETIVO

En consonancia con lo anteriormente expuesto, lo único que no cambiaría a lo largo del tiempo y de la Historia es el verdadero significado de quién es la persona y cuál es su naturaleza humana. En efecto, durante la gran parte de la Historia de la Filosofía los enfoques que han sido empleados para aproximarse a conocer la naturaleza humana (*physis*) han incurrido en insalvables determinismos a causa de que, previamente, tal como refiere Hans Welzel[235], se atribuían características axiológicas en el concepto de "naturaleza" o "lo natural" para luego elaborar un concepto de persona del cual se pueda volver a derivar el contenido axiológico del Derecho Natural.

Dicho procedimiento obedecía, en muchos casos, a una visión arbitraria, oscura y distorsionada del Derecho Natural, al cual se le formulaba en esos términos para volverlo funcional a objetivos políticos específicos, y en otros, a una carencia del conocimiento de la antropología filosófica. De cualquier forma, el resultado era el mismo: la vulneración de la dignidad de la naturaleza humana y la consecuente aniquilación de la persona humana.

Es decir, el concepto de la naturaleza humana o lo natural en el hombre no era correctamente definido por la Filosofía (mas sí por la Teología) por la misma razón de que, después de Tomás de Aquino, no hubo interés por desarrollar y ampliar los estudios en la

[234] De este modo, tendríamos que la dignidad de la naturaleza humana sería la misma en cualquier espacio-tiempo, al igual que los bienes jurídicos personales que se desprenden directamente de ella. Por su parte, los bienes jurídicos sociales sí estarían sujetos a las particularidades de espacio-tiempo de cada sociedad, al igual que las figuras típicas penales que cada ordenamiento jurídico.
[235] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. 254.

Antropología Filosófica realista. Por esa razón, la deficiencia al conceptualizar la naturaleza humana arrastraba al error y al fracaso de una conceptualización científica y racional del concepto de "Derecho Natural", desde la Filosofía[236].

A nuestro entender, la única manera que contribuiría a superar este obstáculo es mediante la construcción de un concepto de Derecho Natural a partir del conocimiento del significado verdadero de naturaleza humana, al cual solamente es posible acceder a través del estudio de la antropología filosófica realista; es decir, de quién es realmente la persona, en la cual se evidencie que lo natural en el hombre es distinto a lo natural propia del mundo físico, toda vez que el hombre es más que su sola dimensión físico o corpórea, aunque tampoco la niega.

Como hemos apreciado en el capítulo precedente, la Antropología Filosófica de Leonardo Polo nos permite alcanzar un alto grado de conocimiento acerca de qué es verdaderamente la naturaleza humana (*physis*) y sobre *quién* es el hombre; lo cual nos permite concluir que, efectivamente, sí es posible afirmar que la naturaleza humana (*physis*) tiene un contenido objetivo y permanente.

Asimismo, permite concebir una mirada dinámica de la norma penal en tanto construcción humana; es decir, como un orden no acabado susceptible de perfeccionamiento, pero también de degradación. Por ello, si queremos perfeccionar el Derecho Penal, la norma penal debe estar asentada necesariamente sobre un fundamento axiológico cuyo eje central sea la dignidad de la naturaleza humana y que esté orientado hacia el Bien.

Ante esta situación, el panorama actual del Derecho Penal y de la Ética no estarían contribuyendo necesariamente al perfeccionamiento de la persona humana a la luz del Bien, en

[236] Incluso Tomás de Aquino no usa su propia definición de persona a partir de la cual pueda construir una definición de derecho natural o de lo natural.

buena parte por haber descuidado los estudios antropológicos y desterrar al Derecho Natural de los estudios científicos.

Más aún, la filosofía moderna que las fundamenta es principalmente heredera de Kant y, consecuentemente, presenta cuatro características capitales: *primero*, el drástico divorcio entre la Ética y el Derecho; segundo, la expoliación del Bien de la Ética; *tercero*, la *simetrización* del concepto de persona a partir del concepto de *deber ser* (la persona solamente puede ser entendida como persona responsable); *cuarto*, el reemplazo del Bien por la libertad kantiana.

Consecuentemente, el Derecho Penal – y la cultura jurídico penal resultante - tendría los siguientes rasgos: *primero*, presenta una visión normativista o el Derecho visto únicamente como un conjunto de normas (formales); *segundo*, el Bien es suplantado por el *deber ser* kantiano; *tercero*, la libertad, y no la naturaleza humana (*physis*), se convierte en el eje del Derecho; *cuarto*, a consecuencia de los tres anteriores, el Derecho Penal se vuelve dominado por el voluntarismo; y *quinto*, este voluntarismo tiene su contrapartida en el relativismo axiológico[237].

Si pretendemos concebir el Derecho, y con ello al Derecho Penal, como instrumento al servicio de la persona humana y de su perfeccionamiento moral, urge entonces sustituir una ética de mínimos por una ética de excelencia basada en la *lógica del don*, cuya justificación reside precisamente en el Derecho Natural centrado en el significado de naturaleza humana (*physis*), basado en la antropología filosófica realista.

[237] El *deber ser* se encuentra a merced de la voluntad omnipotente del legislador histórico o el espíritu objetivo que vive históricamente, caracterizado por un contenido ético mínimo, lo cual, por definición, resulta incompatible con la propia (dignidad de la) naturaleza humana (*physis*), la misma que es susceptible de ser perfeccionada sólo en conexión entre la voluntad y la razón, a la luz del Bien

Efectivamente, luego de haber presentado el significado de naturaleza humana, podemos realizar algunas deducciones relativas a la forma de concebir el Derecho Natural y el Derecho Penal.

En primer lugar, como hemos apreciado en su *Manual de Derecho Penal*, Welzel concibe que la misión última del derecho penal es la protección de los valores ético – sociales. En efecto, esta propuesta parte del siguiente axioma: el *quid* del sistema ético – social de una sociedad reside en el llamado *deber ser* que tiene como contrapartida a la persona responsable[238].

> *"Las teorías del Derecho natural parten de este deber ser trascendente a la existencia y vinculante como se parte de un axioma."*[239]

De esta manera, ello conformaría el núcleo del Derecho Natural. Consecuentemente, el *deber ser* origina obligación en ella, porque puede ser reconocido en conciencia, lo que permite distinguirlo de la coacción.

Sin embargo, la principal objeción que podemos efectuar está referida a la subjetividad de la definición del contenido material de este *deber ser*. De ahí que Welzel llegue a la conclusión de que este *deber ser* tiene un carácter ficticio o inventado. Frente a esta situación, debemos realizar otra acotación: esta concepción refleja la postura idealista de Welzel, debido a dos razones: la primera, porque asume como axioma – es decir, una idea asumida por puro convencionalismo, no susceptible de ser demostrada racionalmente – la existencia de un *deber ser* en toda teoría de Derecho natural, cuya obligatoriedad es incondicional; y la segunda, derivada de la anterior, porque asume que dicho *deber ser* tiene como correlato a la persona

[238] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.252.
[239] Ídem. p. 251.

responsable como presupuesto mínimo para que un orden axiológico pueda obligar como Derecho y no forzar.

En otras palabras, esta segunda razón también refleja el carácter idealista de la propuesta filosófica de Welzel, ya que observamos que da por supuesto que todo *deber ser* subyacente a todo orden axiológico es considerado Derecho, porque antes sólo pudo ser reconocido como tal por una *persona responsable*. Así, se deduciría que el Derecho, en el pensamiento de Welzel, de alguna manera, es el *deber ser* que se ha hecho conciencia en el hombre y, por lo tanto, la cumple; por ello, es persona responsable, porque actuaría conforme le obliga el *deber ser*.

Contrario sensu, si el hombre no actúa conforme el *deber ser*, no hay Derecho, lo cual deja libre el espacio para la coacción. De este modo, se explicaría el hecho de que Welzel considere que el uso de la coacción supone una cosificación de la persona o su despersonalización.

Además, esto vislumbra una postura idealista, ya que supedita la calificación del *deber ser* (de por sí, indefinible) como Derecho Natural a su cumplimiento u observancia, lo cual presupone que la persona siempre actúe conforme a ese *deber ser* (*persona responsable*), lo que, por supuesto, constituye una postura idealista; irreal.

Ahora bien, de acuerdo a nuestra línea de argumentación apoyada en la antropología filosófica realista, la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) es el principal contenido del Derecho Natural y constituye un principio normativo de carácter objetivo y permanente, cuya fuerza vinculante abarca a todo el ordenamiento jurídico, la cual es susceptible de justificación racional. Por este motivo, nuestra postura posee una ventaja sustantiva sobre la postura de Welzel al presentar una visión realista de la persona como *apertura*, susceptible de ser apreciada como susceptible de perfeccionamiento o degradación moral; es decir, no presenta una valoración *a priori* de la misma (v.gr. la "*persona responsable*").

Por otra parte, nuestra concepción de naturaleza humana (*physis*) permite construir una definición de Derecho Natural capaz de sostenerse por sí sola, más allá de su cumplimiento o no por parte de sus destinatarios, toda vez que está basada en la persona humana considerada como una misma realidad antropológica en todos los tiempos y sociedades, aunque radicalmente libre; puesto que es apertura. En otras palabras, dos personas poseen la misma naturaleza humana y, por tanto, la misma dignidad; sin embargo, ambas son radicalmente distintas en su esencia; porque sus actos libres repercuten distintamente en su intimidad[240].

En el pensamiento de Welzel, el *deber ser* es considerada la norma fundamental, mientras que en nuestra propuesta el *deber ser* es reemplazado por la naturaleza humana. Por consiguiente, la naturaleza humana se convierte en norma fundamental, cuya fuerza normativa no es derivada de su reconocimiento como legítima por parte de los miembros de una sociedad, sino de su propio contenido de verdad; porque es *real*. Ya hemos mencionado que lo primero acarrea siempre una carga de subjetividad para delimitar el contenido de deber ser, mientras que lo segundo, no.

Además, deducido del anterior párrafo: el *deber ser*, por su carácter subjetivo o variable[241], supone una pluralidad infinita de órdenes ético – sociales contingentes, mientras que la naturaleza humana sólo puede indicarnos un solo orden ético – social necesario.

Así también, conviene enfatizar que el hecho de que la realidad de la naturaleza humana sea objetiva y permanente no implica, de ningún modo, que la persona humana no sea susceptible a cambios. En efecto, la persona humana, debido al carácter de *apertura* de su naturaleza humana, siempre tiende a interactuar con otras, y porque posee intimidad cada una

[240] No hay dos personas idénticamente iguales que hayan vivido exactamente lo mismo o que hayan asimilado lo vivido de la misma manera.
[241] Recuérdese que en el capítulo dos, explicamos que el *deber ser* también tiene una seria implicancia en la antropología de Welzel, puesto que supone la consideración de una voluntad entendida como potencia infinita; inagotable.

responde radicalmente distinto a otra frente al mismo estímulo. De esta manera, la persona va configurando su *esencia*, pero jamás su naturaleza humana, puesto que ésta es algo con lo que todos venimos "equipados" y que nos hace ser personas (no perros, ni gatos, etc.).

De otro lado, esta apertura hacia la interacción con otras personas deja abierta la posibilidad a la existencia de la dimensión social y, con ello, a la existencia de estructuras, instituciones creadas por el hombre que fungen de instrumentos en la búsqueda de su desarrollo y que también tienen importantes implicancias en sus acciones, decisiones y conducta. Entre todas ellas, merece destacar al Derecho Penal.

Respecto al Derecho Penal, nuestra visión de la naturaleza humana conlleva también a consecuencias importantes.

La primera de ella es que si todo orden jurídico entraña un orden ético-social y si la dignidad de la naturaleza humana es la norma fundamental de dicho orden; entonces, la dignidad de la naturaleza humana, como contenido principal del Derecho Natural, es superior a la norma penal. Asimismo, la dignidad de la naturaleza humana vincula a la norma penal y la dota de contenido axiológico, el cual la orienta informándole su fundamento y finalidad última.

La segunda es derivación de la primera: la norma penal verdadera es aquella que está imbricada íntimamente con el Derecho Natural; es decir, la separación entre norma penal y Derecho Natural solamente se justifica para propósitos teóricos, puesto que en la práctica no hay norma penal que no esté anclada a un sistema axiológico o un orden ético – social.

La tercera consecuencia está referida a objeto de protección de la norma penal. A este respecto, concordamos en cierto sentido con las teorías penales contemporáneas (Welzel y Jakobs) pues la norma penal protege su propia vigencia por medio de la imposición de una pena. Sin embargo, esta sería uno de sus fines y no el único. La norma penal, por medio de la pena, buscaría garantizar el aseguramiento de la persona en su *coexistencia* y de la sociedad.

No obstante, la técnica que emplea para conseguirlo es la tipificación de conductas consideradas delictivas o criminales, cada una de las cuales repercute en algún aspecto o dimensión de la persona o la sociedad a la que denomina "bien jurídico".

Este bien jurídico desempeña una función de legitimación de la propia norma penal dado su arraigo en la propia dignidad de la naturaleza humana. Esta es una realidad patente en el caso de los bienes jurídicos que hemos denominado "personales" (vida, salud, etc.), y una realidad latente en el caso de los bienes jurídicos "sociales", puesto que, como hemos advertido a lo largo de toda nuestra investigación, la persona humana en tanto apertura es un ser en coexistencia (*co-ser*); es decir, social, en consideración a su naturaleza humana (*physis*), para lo cual necesita recrear todo ese espacio que llamamos "sociedad", por intermedio de la creación de estructuras, instituciones (Administración Pública, sistema financiero, etc.), en la búsqueda de su desarrollo.

Así, todos estos bienes jurídicos justificarían la existencia, intervención y funcionamiento de las normas penales (Derecho Penal), mediante la necesidad de preservación de la existencia de la obligación de mantenerlos incólumes (minimizando, previniendo o conjurando su lesión) a través de la imposición de una pena[242].

Aunado a ello, una cuarta consecuencia es que si tenemos en cuenta que la antropología filosófica nos señala que la dignidad de la naturaleza humana supone la lógica del don[243], la pena debe también estar embebida de ella, lo que supone la redefinición de su finalidad; a saber: la pena no sólo sería el efecto o la consecuencia inmediata y necesaria a la lesión o puesta en grave riesgo o peligro de los bienes jurídicos, cuya fuente es la dignidad de la naturaleza humana, sino también debe estar orientada por este principio normativo.

---

[242] La existencia de la pena sería un indicador de que la mencionada lesión tendría una intensidad lo suficientemente alta como para que la sociedad reconozca que su sistema axiológico está siendo puesto en riesgo.
[243] Cfr. POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Op. Cit.

De este modo, la pena sería principalmente un acto de fuerza racional por parte del Estado o la autoridad legítima (sistema judicial, policial, penitenciario, etc.), en interés o beneficio de las personas que conforman una sociedad, las cuales se ven afectadas por la conducta delictiva. Sin embargo, la pena debe reflejar el amor al bien del autor del delito, para lo cual ella debe ser consecuencia necesaria de un debido proceso, así como de la observación estricta de los criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad para su imposición. Todos ellos serían los parámetros para la evaluación del grado de bondad de una pena.

Además, la pena debería ser apreciada como un elemento más de una medida integral que pretendería buscar no sólo su bien individual, sino el bien común de las personas que conforman una sociedad. Vista de este modo, en el ámbito del Derecho Penal, la pena es una medida que afecta especialmente la corporeidad del autor del crimen o delito (encarcelamiento o muerte), pero también su espíritu, lo cual vuelve necesario un elemento que atienda también su espiritualidad (nivel de susceptibilidad para la reeducación de su inteligencia o voluntad, y también, si es el caso, para recibir asistencia religiosa), para lo cual sería precisa una política pública penitenciaria conforme a la propia dignidad de la naturaleza humana; dicho de otro modo, que esté orientada al perfeccionamiento moral del delincuente.

Así, el reconocimiento de la necesidad de la aplicación de la pena por parte de la sociedad y del autor del delito o crimen encontrarían su legitimidad tanto en el bien común de la sociedad materializado en la protección de la seguridad de la sociedad como condición básica para la coexistencia, como en el propio bien individual de aquel, concretado en el respeto a su derecho al debido proceso.

Contrariamente, un escenario de impunidad o de no aplicación de la pena debida (sobre todo si es crónico) constituiría la entronización del bien individual por sobre el bien común: la conducta delictiva contraria a la dignidad de la naturaleza humana (o a las instituciones creadas

para favorecer el desarrollo de la persona) cometida por el criminal se pone por encima de la seguridad de la sociedad como condición básica de su coexistencia. Es la primacía del *ego* sobre el *alter*; del egoísmo sobre el amor, lo cual denota la presencia del germen de la corrupción en el seno de la sociedad.[244]

En síntesis, un escenario de impunidad o de no aplicación de la pena debida es, a nivel ético, muy similar a la moralidad mediocre del autor de un delito de omisión, en el que se consciente un mal por no querer sentirse o hacer sentir mal a otro y, además, se opta por el beneficio individual.

3.3.2. LA FUERZA VINCULANTE DEL DERECHO NATURAL

Hemos definido al Derecho Natural como el derecho arraigado en la naturaleza humana compuesto de mandatos y prohibiciones de carácter ético que, en principio, obligan *en conciencia* a todas las personas, pues todas poseen la misma naturaleza humana (*physis*), y que tienen como justificación la promoción y el perfeccionamiento moral de la persona humana (como *apertura* y *ser perfeccionador-perfectible*) para alcanzar la mejor *coexistencia* con sus semejantes, bajo la *lógica del don*.

Ahora bien, su fuerza vinculante se explica por el propio carácter objetivo de la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) de la persona. Es decir, la naturaleza humana constituye una realidad indubitable; por lo que, la fuerza para imponerse a sí misma proviene de la autoridad de su propio contenido de verdad: la naturaleza humana *existe* y posee unas características particulares tal como hemos apreciado a lo largo de esta investigación. En otras palabras, el

[244] Efectivamente, casi siempre la impunidad en el ámbito judicial es causada por la corrupción de los propios operadores judiciales (jueces, fiscales, servidores judiciales, etc.), quienes no hacen cumplir la norma penal en múltiples maneras (sentencias "arregladas", procesos quebrados o no iniciados, etc.). Otras veces, la impunidad obedece a las propias falencias institucionales del Estado – sistema judicial o policial – como por ejemplo, falta de recursos personales o económicos, lo cual, a su vez, presupone otras formas de corrupción (peculados, mala gestión de los recursos públicos, evasión tributaria, nepotismos, etc.).

Derecho Natural es vigente *en* y *ante* uno mismo por el solo hecho de ser persona; por poseer naturaleza humana.

Para demostrar la validez de nuestro argumento y, en consonancia con lo expuesto líneas arriba, traemos a colación la postura de Welzel respecto de los llamados "contenidos vinculantes del Derecho Natural", para posteriormente proceder a su crítica:

> *"… las ideas de valor que los iusnaturalistas han puesto en las cosas es justamente lo que extraen después como lo "natural" o "antinatural". Ninguna teoría del Derecho natural ha podido escapar de este círculo vicioso ni tampoco la apelación – hoy tan en boga – a la "naturaleza racional" del hombre (…)"*[245].

Ante esta afirmación, es propicio responder a Welzel que, desde nuestra explicación del Derecho Natural a partir del esclarecimiento del significado de la naturaleza humana (*physis*), al cual solamente es posible acceder mediante la antropología filosófica realista, no hemos atribuido *a priori* ningún valor ni al hombre ni a "las cosas en sí". Más aún, nuestra distinción entre libertad y libre albedrío nos permite obtener una imagen más real del hombre como un ser en *apertura*, perfectible y perfeccionador, capaz de elegir entre el bien y el mal.

Así, la pregunta acerca de lo natural en el hombre debe ser entendida como la pregunta acerca de qué es la naturaleza humana, teniendo en cuenta que la *physis* en el hombre tiene un carácter distinto a la que tiene en el mundo físico, por lo que solamente puede ser percibido mediante la Antropología Filosófica, tal como lo hemos demostrado en el segundo capítulo de la presente investigación. De esta manera, Welzel indica que dicho "circulo vicioso":

> *"…ha sido trazado de modo paradigmático por Aristóteles, de una vez y para siempre: lo concorde con la naturaleza ha de verse en las cosas que se encuentran en su estado*

[245] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. 253.

mejor – en una situación "conforme a la naturaleza" -, no en las cosas corrompidas."[246]

Con esta afirmación, podemos inferior que Welzel tiene una lectura idealista del planteamiento aristotélico del Derecho Natural, lo cual es posible corroborar en las siguientes líneas:

"Esta metafísica teleológica – la creación más original de Aristóteles – constituía un esquema excelente para el desarrollo de la teoría ideal Derecho natural. La unión de "naturaleza" y fin, sobre todo, establecida por primera vez por Aristóteles, representaba un puente por el que los contenidos materiales podían fluir ilimitadamente a los principios jurídicos formales. Idea, fin, physis, se aproximan, se convierten en una y la misma cosa."[247]

A partir de ello, podemos afirmar que, con alta probabilidad, Welzel utilizó esta lectura de Aristóteles para nutrir su pensamiento kantiano acerca del Derecho natural como estructura ideológica o estructura lógico – objetiva de sentido; es decir, para contribuir a la *simetrización* del Derecho Natural y de la antropología filosófica mediante la expoliación del concepto de naturaleza humana (*physis*) y su suplantación por el de *deber ser*.

Efectivamente, Welzel prosigue comentando sobre el sentido que habría adquirido el concepto de "naturaleza humana" en el planteamiento de Aristóteles:

"La "naturaleza" es la forma acabada de la realidad de un objeto, la cual se halla en la materia solo como posibilidad o principio y se actualiza en el curso del devenir. "La naturaleza es el fin de todo objeto. La condición que nos muestra, al término de su

[246] Ídem. p.253.
[247] Ídem. p.25.

devenir, la llamamos naturaleza, bien se trate de un hombre, de un caballo o de una cosa. También son el objetivo (tó ou eneka) y el fin (tó telós) lo mejor"[248]

Posteriormente, evidenciamos que la lectura que hace Welzel sobre "lo natural" a partir de la obra de Aristóteles está encaminada hacia una comprensión del Derecho natural desde el idealismo:

"De esta suerte se cae en el círculo vicioso de definir como "natural" lo que se tiene como bueno o deseable, y extraer después lo bueno de este algo "natural". Lo natural, que es determinado solo partiendo de lo bueno, se transforma en aparente fundamento de determinación de lo bueno. Esta petitio principii ha hecho posible, a la teoría del Derecho natural, determinar materialmente, en cada caso, lo bueno apelando a lo natural. La base para ello se encuentra en la metafísica aristotélica con su identificación de naturaleza, fin y valor."[249]

Ello se verá con mayor claridad cuando Welzel entienda que el valor supremo de una comunidad humana, según Aristóteles, es la autarquía; lo cual será un rasgo que imprimirá en su visión idealista del Derecho natural, particularmente al momento de ofrecer una explicación sobre la mutabilidad del *deber ser* a lo largo de la Historia y la necesidad de que dicho *deber ser* sea definido, al interior de una sociedad, por el Estado[250].

De este modo, Welzel vuelve a poner en riesgo la validez del Derecho Natural como un derecho que con un contenido permanente que obliga incondicionalmente al hombre, más allá de la validez de la propia norma jurídica positiva; ya que, desde su punto de vista, el Derecho natural no sería más que uno de los tantos sistemas ideológicos inventados cada cierto tiempo por la sociedad, con el propósito de legitimar distintos sistemas axiológicos que subyacen a

[248] Ídem. p.25.
[249] Ídem. p.26.
[250] Cfr. Capítulo 1 de la presente investigación.

todo sistema jurídico. Es decir, el Derecho natural no tendría valor propio y permanente, sino atribuido y variable. Consecuentemente, se deja abierta la posibilidad a que el puro poder defina aquello que obliga incondicionalmente al hombre y violente la dignidad de la naturaleza humana, tal como la hemos definido en toda nuestra investigación.

A partir de esta idea, podemos deducir que en la concepción del Derecho natural de Welzel hay una cierta identificación entre el *deber ser* y el Estado, la cual contribuiría a que, al exaltar la importancia de la función normativa del Estado, en realidad está exaltando la función legisladora del mismo, reconociendo la existencia o la necesidad de un valor moral en la ley, y, al mismo tiempo, permitiría intuir que ese *deber ser*, aquello que otorga sentido moral a la ley, sería la fuente de legitimidad al Estado.

> *"Una vida perfecta solo puede llevarla el hombre en el Estado, en la polis; pues aunque el Estado solo se haya constituido por razón de la vida, es decir, para salvaguarda de la existencia, la verdad es que subsiste por razón de la vida perfecta. Como fin y objetivo de la vida humana, el Estado tiene, según la idea, que haber existido antes que el hombre individual, de igual manera que también el plan precede a la obra real."*[251]

Sin embargo, el gran problema aquí, conforme a la exposición de los fundamentos antropológicos de nuestra concepción de naturaleza humana (*physis*), sería la errónea equiparación, propuesta por el propio Welzel, del Estado con el fin y objetivo de la vida humana, lo cual no tiene ningún asidero[252]; menos aún, Welzel no proporciona ningún argumento en favor de lo alegado[253].

---

[251] WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Op. Cit. p.26.
[252] Únicamente, Welzel se limita a hacer suyas las siguientes palabras de Aristóteles: "El valor supremo de una comunidad humana es la autarquía, la cual corresponde exclusivamente al Estado. De aquí se sigue que el Estado es el fin de todas las comunidades menores, y en último término, también del hombre individual, ya que ninguno de ellos es autárquico. Por ello es el hombre, por naturaleza, un ser destinado a formar comunidades estatales (…), porque la constitución de comunidades autárquicas, es decir, políticas, es objetivo y fin de la existencia humana.". Cfr. Ídem. p.26.
[253] Ídem. p.26.

Ya en Aristóteles, Welzel aprecia que ley y justicia empiezan a escindirse una de otra y destaca que la ley puede es aquella que tiene validez general. En este sentido, destaca la contribución de Aristóteles a la legitimación de la idea del Derecho natural ideal, gracias al descubrimiento de dos estructuras jurídicas *a priori*:

> *"Aristóteles, sin embargo, ha legitimado también la idea del Derecho natural ideal por el descubrimiento de dos ámbitos, en los cuales, en efecto, pueden encontrarse estructuras de validez general, a priori, de carácter no puramente formal. La primera de estas estructuras a priori – eso sí, todavía muy formal- se refiere a la relación entre justicia e igualdad. (...) Todo lo justo es un algo igual."*[254]

De acuerdo con Welzel, esta estructura *a priori* deja libre la interpretación de lo justo de acuerdo a cada caso concreto. Asimismo, sirve para que pueda justificar su idea de que *"todos los hombres son, a la vez, iguales en un determinado respecto y desiguales en otro."*[255]Por esa razón, pretender atribuir a Welzel la concepción de la *physis* del hombre como la naturaleza física sería un error, ya que o nos hace caer tarde o temprano en biologicismo, o nos conduce irremediablemente a querer encontrar pautas éticas sobre lo justo y la vida buena en el comportamiento animal ("*ley del más fuerte",* tanto para justificar la imposición del más fuerte sobre el débil o la protección del más débil por parte del más fuerte), o incluso vegetal. Por el contrario, Welzel estaría asumiendo una visión idealista del propio hombre.

La segunda estructura jurídica *a priori* está vinculada a la teoría de la imputación aristotélica, según la cual, la "reflexión" entendida como un acto de la razón sería el criterio para imputar una acción injusta a alguien[256],

---

[254] Ídem. pp. 29 – 30.
[255] Ídem. p.30.
[256] Ídem. p.30.

(...) En su teoría de la imputación, Aristóteles roza un segundo ámbito de estructuras jurídicas a priori (...) Injusto es solo aquel que hace algo injusto reflexivamente."[257]

Como es posible inducir, desde una lectura idealista de Aristóteles, Welzel tomará estas dos "estructuras jurídicas *a priori*" para elaborar todo el edificio teórico filosófico que sustentara su perspectiva respecto del Derecho Natural, en la cual la primera daría paso al *deber ser,* mientras que la segunda, a la "persona responsable", aunque ya con un mayor aporte kantiano. No obstante, dicha perspectiva, de aquí en adelante, terminaría simetrizando y expoliando el concepto de naturaleza humana de todo planteamiento de Derecho Natural, tras lo cual, el contenido objetivo y permanente de éste quedaría simplemente vacío, dejando su definición a las fuerzas sociales de la Historia. Por consiguiente, Welzel llegaría a afirmar lo siguiente:

Toda apelación a lo "conforme a la naturaleza" y toda negación de lo "contrario a la naturaleza" va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba…"[258]

Consecuentemente, en el orden de ideas que Welzel presenta en su obra *Derecho Natural y Justicia Material*, lo "conforme a la naturaleza" aparece manipulado por decisiones axiológicas *a priori* por parte de quien intenta presentar el "Derecho Natural", puesto que, desde nuestro punto de vista, Welzel no alcanza a definir la "naturaleza humana" correctamente - es decir, desde la antropología filosófica realista-, sino que, teniendo una comprensión inexacta de la "naturaleza humana", llega a la conclusión de que las distintas manifestaciones de Derecho natural no son más que construcciones ideológicas que constituyen el último soporte axiológico

[257] Ídem. pp. 30-31
[258] Ídem. p.254

de una sociedad. De igual modo, los autores que presentan las distintas teorías del Derecho Natural no logran definir claramente el significado de la naturaleza humana.

Todo ello abonaría al porqué Welzel obtiene una visión idealista kantiana del Derecho Natural al considerar "sus preceptos" como *manifestaciones sobre contenidos de deber ser* arraigados en *estructuras de sentido* que intentan dar sentido a la existencia del hombre, *explicitándole en fines vinculantes del obrar* y, de este modo, concluya que *todas las teorías del Derecho natural son "ideológicas"*[259], toda vez que, según Welzel, la apelación a la naturaleza no aporta ninguna fundamentación objetiva a un proyecto de existencia ético – social, sino que pretende mostrarse como dogma de fe que sobrepasa la inmanencia con la creencia de haber aprehendido directamente lo trascendente[260].

> *"Las manifestaciones sobre contenidos del deber ser arraigan en "estructuras de sentido" primarias, en las que el hombre trata de interpretar el sentido de su existencia, explicitándole en fines vinculantes del obrar. Estas estructuras de sentido son ensayos de interpretación en fines vinculantes del deber ser trascendente en el "aquí" y "ahora" de la situación histórica (...) El hombre no puede tener jamás la certeza absoluta de que la estructura de sentido que extrae de sí o cuya verdad afirma es la única justa en una situación histórica. El hombre sólo puede percibir la trascendencia en la inmanencia de su conciencia y de su razón. Y es que ninguno de nosotros, los hombres, hemos asistido al consejo de los dioses, en los que se tomaron decisiones últimas acerca de las tablas de lo recto y de lo justo."*[261]

Sin embargo, como ya lo hemos mencionado en sucesivas oportunidades a lo largo de esta investigación, la naturaleza humana (*physis*) tiene un significado objetivo y específico, al

[259] Ídem. p.256.
[260] Ídem. p.256.
[261] Ídem. p.255.

cual es posible acceder mediante la Antropología Filosófica realista. Además, por sus propias particularidades, la naturaleza humana tiene carácter de *digna*; de ahí que hablemos de la dignidad de la naturaleza humana. Por lo tanto, la naturaleza humana (*physis*) es una realidad extramental; es decir, no es una idea, sino que *es* y *existe*. Su existencia no depende de quien la piensa.

Ahora bien, extrapolando a Leonardo Polo, el Derecho Penal puede ser visto como ciencia humana, pero fundamentalmente como un instrumento o un arte (*techné*) al servicio del hombre, por lo cual, urge primero conocer verdaderamente *quién* es el hombre para poder saber cuál es y será su finalidad.

En consecuencia, el Derecho Penal y, por consiguiente, la norma penal, requeriría necesariamente de una antropología filosófica realista. No obstante, hasta aquí tenemos un panorama aún incompleto, ya que si la norma penal conoce cuál es su finalidad, pero desconoce cómo debe actuar correctamente para alcanzarla y ser verdadero Derecho, simplemente degeneraría en expresión de pura violencia.

Por ello, se vuelve imprescindible un punto de enlace entre la Antropología y el Derecho Penal, a fin de que éste sepa cómo debe orientarse para contribuir a que el ordenamiento jurídico permita a la persona en coexistencia -*en sociedad*- su perfeccionamiento moral, sea adecuado a la naturaleza humana.

Este punto de enlace sería el Derecho Natural, entendido como aquel fundamentado en la propia dignidad de la naturaleza humana (*physis*), y conformado por principios ético-normativos derivados de ella. Así también, la dignidad de la naturaleza humana sería, a su vez, el punto de enlace específico del Derecho Natural con el Derecho Penal, debido a que sería el fundamento de los llamados bienes jurídicos penales, los cuales constituyen objeto de protección, interpretación y legitimidad de la norma penal, a través de la tipificación de

conductas socialmente relevantes que son manifestaciones de un sistema axiológico determinado.

Así, el Derecho Natural vincula transversalmente a todo el ordenamiento jurídico informando cuál es el objetivo de la norma jurídica en última instancia[262], con lo cual abarca y envuelve al propio Derecho Penal, entendido como aquellas normas penales encargadas de la protección de la vigencia de la axiología perteneciente al Derecho Natural, por intermedio de la protección de los bienes jurídicos personales y de los bienes jurídicos sociales - estructuras e instituciones sociales creadas para coadyuvar a las primeras -, mediante la imposición de una pena como mecanismo de aseguramiento de la vigencia de la norma penal (la misma que contiene la prohibición de una determinada conducta lesiva), la cual es susceptible de ser cumplida con el auxilio de la coacción o fuerza.

Reformulando lo anteriormente expuesto, podemos sintetizar nuestra postura de la siguiente manera: tanto el Derecho Penal como el Derecho Natural son genuinamente "Derecho" en tanto y en cuanto son plenamente vigentes; es decir, legítimamente obligatorios. No obstante, debemos enfatizar que la vigencia en uno y otro caso se produce de manera distinta; así como agregar que, únicamente asumimos teóricamente la comprensión del Derecho Penal y el Derecho Natural como campos totalmente separados para efectos explicativos; toda vez que, desde nuestra perspectiva, todo Derecho penal presupone – o al menos, debería presuponer - necesariamente el Derecho Natural.

Efectivamente, mientras la vigencia de una norma penal (Derecho Penal), tomada aisladamente, depende casi exclusivamente de su validez formal conforme a los parámetros y procedimientos establecidos por y mediante la ley, - principio de Legalidad -, la vigencia del

[262] Esta postura está basada en el hecho de que todo el ordenamiento jurídico, incluyendo a las normas procesales, administrativas y ambientales, sirven y tienen su razón de ser a la persona humana.

Derecho Natural radica en la propia realidad de la dignidad de naturaleza humana (*physis*) de la persona.

Al respecto, cuando mencionamos que la vigencia de la norma penal depende "casi" exclusivamente de su validez formal, nos referimos a que ello ocurre sólo en apariencia, debido a que también interviene otro factor: el reconocimiento de la obligatoriedad de la mencionada norma penal, por parte de sus destinatarios.

> *"Toda norma de poder estatal que encuentra reconocimiento (en el sentido que acabamos de indicar) es Derecho positivo. (...) Por muy limitado que sea, pues, el papel que parece desempeñar en el concepto de Derecho el reconocimiento general, tiene, no obstante, una importancia fundamental: las leyes "a punta de bayoneta", es decir, los mandatos del supremo poder estatal que ni siquiera pretenden lograr el asentimiento general, pueden ciertamente imponerse si se encuentran con súbditos bastante dispuestos, pero no llegan a alcanzar la validez positiva ni a ser Derecho positivo. Y si contradicen a normas jurídicas positivas (reconocidas), son mandatos contrarios al Derecho."*[263]

Ahora bien, en concordancia con la línea de argumentación trazada en la presente investigación, nos atrevemos a inferir que la vigencia del Derecho Natural ni siquiera dependerá del reconocimiento de su obligatoriedad por parte de las personas, por dos sencillas razones: primero, por la propia autoridad del contenido de verdad que contiene la naturaleza humana, y segundo, porque si la consideramos dentro del ámbito del reconocimiento, dejamos abierta la posibilidad de que pueda ser asumida como contingente, lo cual acarrearía más perjuicios que beneficios para la dignidad de la naturaleza humana. Por ello, podemos decir que, en tanto que

[263] WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. Op. Cit. p.158.

coexistimos, el Derecho Natural es vigente y nos rige en conciencia, por lo que es y puede ser exigible desde una instancia extra - estatal, como es la sociedad.

En consecuencia, podemos anotar que, para ser conforme al Derecho Natural y plenamente cumplida por la sociedad, la norma penal no sólo debe ser formalmente válida, sino que requiere el reconocimiento de su obligatoriedad y, ante todo, ser acorde con la autoridad del propio contenido de verdad que implica la dignidad de la naturaleza humana.

En principio, el reconocimiento de su obligatoriedad nos abre al campo dinámico de la elaboración (creación – derogación) de figuras típicas del derecho penal reconocidas como delitos (penalización, despenalización, legalización de conductas socialmente relevantes), las cuales son la expresión de la potestad legisladora y de la voluntad del soberano, plasmada en un espacio – tiempo específico. Por su parte, la dignidad de la naturaleza humana constituye el campo estático del desarrollo del Derecho Penal, el mismo que comporta un límite real e infranqueable a la potestad legisladora del soberano.

Ergo, la relación que existe entre la vigencia de la norma penal y la del Derecho Natural es de subordinación. La subordinación implica una relación de jerarquía entre el Derecho Natural y el Derecho Penal; de tal modo que el primero es anterior al segundo.

Dado que el Derecho Natural está fundamentado en la dignidad de la naturaleza humana, la cual tiene un carácter permanente y objetivo, podemos deducir que su vigencia es necesaria. Por su parte, la norma penal, vista únicamente desde una perspectiva positivista, está basada en la voluntad del legislador, por lo que podemos deducir el carácter contingente de su vigencia.

Además, conviene recordar que, al estar fundamentado en la naturaleza humana, el Derecho Natural provee un contenido axiológico necesario que no es posible derivar de la sola norma penal considerada positivamente.

Aunado a ello, como hemos señalado en el segundo capítulo, la naturaleza humana posee una dimensión material y otra espiritual, en las cuales es posible identificar ciertos bienes jurídicos que son penalmente relevantes en razón de que resultan ser indispensables para la vida en sociedad, por lo que son objeto de protección por parte del Derecho Penal. De esta manera, constituyen el punto de referencia de toda norma penal, ya que la tipificación y penalización de conductas delictivas requiere el conocimiento, la evaluación y el análisis previo de qué es lo que se busca proteger con ello.

Por consiguiente, podemos colegir que la superioridad del Derecho Natural sobre el Derecho Penal se da en tres niveles: vigencia, axiología y contenido o finalidad; es decir, el Derecho Penal está subordinado al Derecho Natural, y se encuentra necesariamente sujeto a éste.

A partir de estas consideraciones, podemos deducir que una norma penal será considerada Derecho Penal, y no una arbitrariedad disfrazada de formalidad jurídica, si y sólo si se sujeta a los principios derivados de la dignidad de la naturaleza humana.

Sin embargo, a ello agregamos otro elemento mencionado por Welzel: la legitimidad o el reconocimiento de obligatoriedad de la norma penal por parte de sus destinatarios.

De esta manera, la adecuación de la norma penal al Derecho Natural y a los procedimientos formales señalados por ley están relacionados con la validez de aquella. Así, la validez de la norma penal puede comprenderse en dos dimensiones inseparables: la validez natural, cuyo criterio de valoración es la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) y la validez positiva, cuyo criterio de valoración son los procedimientos formales establecidos por ley.

Por su parte, el reconocimiento de obligatoriedad de la norma penal por parte de sus destinatarios está relacionada con la vigencia de la norma penal; es decir, con su grado de

cumplimiento dentro de una sociedad debido a que ha sido internalizada en la conciencia de las personas como legítima.

En consecuencia, en relación a la verdadera norma penal, podemos advertir que la validez está vinculada con el origen de esta y su justicia, mientras que la vigencia, con el grado de cumplimiento y eficacia de ella.

Ahora bien, podría ocurrir un caso en el cual la naturaleza humana informa la verdad que contiene, pero que no es reconocida como obligatoria por parte de los miembros de una sociedad, lo cual evidenciaría la falta de una adecuada educación de la conciencia de las personas que la componen, a fin impedir la degradación o contribuir al perfeccionamiento moral de aquella.

Así, la norma penal que no observa el Derecho Natural solamente puede ser formalmente válida, tal vez goce de cierto grado de vigencia, pero no es ni será justa; es decir, quizás sea correctamente elaborada, de acuerdo a los mecanismos y procedimientos formales establecidos; pero, en virtud del carácter genuinamente normativo de la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) jamás podrá ni deberá recibir el reconocimiento de su carácter obligatorio, por parte de sus destinatarios. Por lo tanto, si no es conforme a la normatividad del propio Derecho Natural, consecuentemente no obliga. Si no obliga, es sola violencia y, entonces, *no existe*. Si no existe, no es Derecho. Y si no es Derecho, no es justo, ni racional, por lo que supone mera violencia.

Para hacer más comprensible nuestro punto de vista acerca de la sutil diferencia conceptual entre validez y vigencia, procederemos a explicarlo más detalladamente a partir de la discusión de la teoría del reconocimiento por parte de Hans Welzel en su artículo *"El problema de la validez del Derecho"* y del concepto de vigencia de la norma, propio del funcionalismo penal, el cual es heredera de la teoría funcionalista sociológica.

En el mencionado artículo, Welzel trae a colación la teoría del reconocimiento, planteada por el jurista J. Bremer, para enfatizar que, aunado a la voluntad del legislador, es necesario que los destinatarios de la ley la reconozcan y acepten como genuina obligación, para que real y efectivamente sea Derecho:

> *"la voluntad del legislador no basta para crear Derecho, sino que se requiere en todo caso la aceptación de la ley por parte de aquellos que han de estar sometidos a ella, es decir, que se ha de añadir la convicción de los súbditos acerca de la obligatoriedad de la norma propuesta."*[264]

En ese sentido, Welzel anota la distinción entre la aceptación o el rechazo hacia la ley y su contenido, por parte de los destinatarios de ésta, y la conciencia de que ella merece la obediencia debida; lo cual evidencia que lo más importante para que una norma jurídica siga teniendo imperio no es el hecho de que alguien apruebe o repruebe su contenido, sino que asuma en conciencia que aquella debe ser obedecida.

> *"No se trata de un aplauso general; no se excluye el imperio de una ley por el hecho de que haya muchos que no aprueben su contenido, si continúa existiendo, no obstante, la conciencia de que hay que obedecerla".*[265]

Con ello, al mencionar la conciencia de la obligatoriedad de una ley como lo determinante para que esta exista real y efectivamente, Welzel está haciendo referencia al concepto de vigencia de la norma, tal como explicaremos detalladamente en las siguientes líneas.

Así, podemos afirmar, de acuerdo con lo que Welzel entiende por "teoría del reconocimiento", que, independientemente de si la sociedad esté conforme o no con el

---

[264] WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. Op. Cit. pp. 143-144.
[265] Ídem. p.144.

contenido de una ley, ésta será Derecho si las personas que la componen no la cuestionan en conciencia; es decir, si conscientemente asumen que hay que obedecerla. Por lo tanto, resulta indiferente que la norma jurídica (contenida en la ley o en la jurisprudencia) sea verdaderamente buena o mala a nivel técnico y/o moral, puesto que lo determinante es, en última instancia, el consentimiento de la sociedad que considera a la propia norma como válida para su comportamiento (Weber) o una pauta orientadora de su conducta (Merkel)[266] o, siguiendo el razonamiento de Welzel, en una estructura lógico-objetiva que se cristaliza en una institución social que orienta la conducta u otorga sentido la existencia humana.

Este último hecho conformaría aquello que, desde la perspectiva de Welzel, es identificado por Weber como el fundamento de la "validez empírica o sociológica", a la cual distingue de la "validez jurídica" o del llamado *deber ser* lógico[267]. De esta manera, la primera conlleva directamente al plano del *poder*, mientras que la segunda al plano del *deber*. En este punto, debemos enfatizar que, muchas veces en la Historia del Derecho, varias teorías ius-filosóficas han pretendido equiparar el *deber* con el *poder*[268], lo cual ha acarreado múltiples riesgos y vulneraciones a la dignidad de la naturaleza humana. Por tal razón, Welzel anota la importancia del reconocimiento de la ley como norma obligatoria, por parte de sus destinatarios:

> *"Validez del Derecho es el "consenso de legitimidad", a consecuencia del cual "los que obedecen lo hacen por la razón de que consideran como vinculante también respecto a ellos la relación general de dominio. <u>La validez positiva, o sea, la validez jurídica, no la tiene el Derecho solamente, ni siquiera en primer lugar, porque sea capaz de imponerse, sino porque, en términos generales, los sometidos a él lo consideran como obligatorio</u>".*[269]

---

[266] Ídem. p.144.
[267] Ídem. p.151.
[268] Ídem. p.149.
[269] Ídem. pp. 150 – 151. El subrayado es nuestro.

Hasta este punto, podemos deducir que tanto la capacidad de que una norma se imponga, como el reconocimiento de su obligatoriedad por parte de sus destinatarios conforman las dos aristas de una misma realidad: la norma jurídica positiva o el derecho positivo. De este modo, a partir de lo discutido por Welzel, podemos descubrir, en el reconocimiento de la obligatoriedad de una norma penal, un nuevo punto de enlace entre la dimensión del *poder* con la dimensión del *deber*: la legitimidad que conlleva a que dicha norma penal sea reconocida como obligatoria por sus destinatarios no solamente constituye un fenómeno empírico vinculado con la efectividad real de una norma, sino también implica, principalmente, la decisión de asumir la existencia de un *deber ser* en ella.

Como podemos apreciar, esta perspectiva dual del *ser* y el *deber ser* no es otra cosa sino el reflejo de la filosofía kantiana en la obra de Welzel, lo que acarrea las implicancias negativas – *simetrización* filosófica - que han sido discutidas en el capítulo anterior.

El interés de Welzel en el reconocimiento de la obligatoriedad de una ley por encima de su capacidad para imponerse puede explicarse a partir de su preocupación por la protección efectiva de la dignidad de la persona, la cual podría verse seriamente afectada a causa de la errónea equiparación del *poder* con el *deber*. En efecto, para Welzel, la importancia del poder o de la capacidad de una norma para imponerse muchas veces ha sido sobredimensionada sin considerar cuidadosamente la necesidad de legitimidad que debe tener entre los destinatarios afectados o regulados por ella, razón por la cual Welzel, considera enfatizar más en el reconocimiento de la obligatoriedad de la norma, en la creencia de que ello constituiría un contrapeso para limitar el riesgo de voluntarismo que pudiera distorsionar la capacidad de esa norma para imponerse.

> *"Ha sido una fatal equivocación – que sería imperdonable repetir después de las experiencias que hemos sufrido – elevar a la categoría de lo recto – normativo, de lo*

válido – objetivo, de lo valioso, de "espíritu objetivo", el fundamento sociológico del reconocimiento general, es decir, la común convicción jurídica, la conciencia general del Derecho, o como se le quiera llamar"[270].

Ahora bien, esta cita de Welzel podría invitarnos a pensar que validez y vigencia significan lo mismo, - teniendo en cuenta, además, las sutilezas de sentido que adquieren ambos términos en lengua alemana -, por lo que recurriremos a la siguiente cita de Miguel Polaino – Orts, penalista dedicado al estudio de la obra de Welzel y de Jakobs:

"(...) no es infrecuente, en la literatura jurídica, emplear los conceptos de vigencia y de validez como sinónimos. A ambos se recurre casi indistintamente al verter al español el vocablo Geltung y, consecuentemente, también el de Normgeltung. Sin embargo, un análisis más detenido de ambas nociones nos lleva a la necesidad de distinguir nítidamente su correspondiente significado."[271]

A continuación, Polaino – Orts explica las principales diferencias de sentido entre validez y vigencia, y destaca, en primer lugar, que el concepto de validez es más amplio que el de vigencia; así como el hecho de que, mientras la "validez" es un concepto formal, la "vigencia" tiene una connotación material (es llamada "validez materializada"), tal como se aprecia en las siguientes líneas:

a) <u>El concepto de validez es, por un lado, más amplio que el de vigencia: hay normas válidas que no tienen vigencia</u>, o – por mejor decir – normas válidas que despliegan una vigencia limitada en el tiempo o en el espacio. <u>Y ello debido a diversos motivos: puede ocurrir que no hayan entrado en vigor</u> (caso de leyes – válidamente aprobadas – durante el período de vacatio legis); <u>o que no respondan a expectativas</u>

[270] Ídem. p.157.
[271] POLAINO-ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. En: Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social. Ara Editores, Lima, 2010. p.66.

sociales normativamente garantizables, esto es, porque no conforman la identidad social, aun cuando no hayan sido formalmente derogadas (caso de leyes dictadas para afrontar algún problema bajo circunstancias extraordinarias, como catástrofes naturales, epidemias, terremotos, etc.: cesada las circunstancias que determinaron su aprobación, pierden su razón de ser).[272]

Como es posible apreciar, la validez no es la vigencia. Aunque la abarca, está estrechamente vinculado a ella, y la trasciende. De acuerdo a este contexto, podemos deducir que la validez es la parte de la realidad o la dimensión formal imbricada íntimamente con el modo por el que se ha originado, creado y/o formado una norma jurídica, sea ésta contenida en una ley o en un precedente jurisprudencial. De este modo, lo expresa la siguiente cita de Polaino – Orts:

b) *Validez es, pues, una noción formal. Válida será, por ejemplo, la ley que ha sido aprobada conforme al proceso legalmente previsto para ello, en la Constitución o en otras leyes inferiores.*[273]

Sin embargo, como previamente lo hemos indicado, la dignidad de la naturaleza humana posee carácter normativo, de modo que podríamos inferir que su validez reside en la propia existencia de la persona humana.

Por su parte, podemos sugerir que la vigencia estaría relacionada con la realidad o dimensión material directamente conectada con la propia existencia de la norma jurídica, entendida como fuerza normativa que obliga efectivamente a sus destinatarios, en razón de que, principalmente, estos asumen conscientemente el sentido de obligatoriedad de dicha norma jurídica.

[272] Ídem. p.66. El subrayado es nuestro.
[273] Ídem. p.66. El subrayado es nuestro.

c) *Por contra, la vigencia es la validez materializada, esto es, la validez que cumple una función (de mantenimiento o estabilización) en el seno de un sistema. Representa, pues, una noción funcionalista: la norma vigente es aquella que constituye la identidad de la Sociedad, que contribuye al mantenimiento del sistema.*[274]

De acuerdo con el pensamiento de Welzel, la norma es vigente fundamentalmente no porque haya sido formalmente bien promulgada, sino porque es reconocida conscientemente por sus destinatarios, para quienes ella tiene un sentido de obligatoriedad. Así, una norma positiva *válida* puede llegar a ser *vigente* o no, mientras que una norma positiva *vigente* podría ser *válida* o no; con lo cual, desde la perspectiva de Welzel, verificamos que, en el caso de la norma penal, el carácter contingente de su validez y de su vigencia es categórico.

Dicho razonamiento no sería aplicable al Derecho Natural, ya que su vigencia reside en la propia existencia humana, al igual que su validez. Por tanto, en el Derecho Natural hay identidad entre la causa de validez y de vigencia, puesto que en ambos casos se trata de la dignidad de la naturaleza humana (*physis*).[275]

Además, de acuerdo al punto de vista de Hans Welzel, podemos deducir que la norma positiva válida que no llega a ser vigente prácticamente no existe, puesto que no genera efectos jurídicos al no poder obligar; en tanto que la norma vigente existe independientemente de si ha sido válidamente promulgada o no; por lo que genera efectos jurídicos reales.

No obstante, hemos indicado previamente que la relación entre el Derecho Natural y el Derecho Penal es la relación entre la dignidad de la naturaleza humana y la norma penal.

---

[274] Ídem. p.66. El subrayado es nuestro.

[275] Podríamos decir, incluso, que el Derecho Natural es válido en tanto la persona humana es creada y existe, mientras que es vigente en tanto vive y sigue existiendo; aunque ello deberá ser objeto de estudio de la Antropología Filosófica.

Asimismo, desde nuestra concepción del Derecho Penal, la norma penal presupone necesariamente el Derecho Natural; no es posible imaginarla escindida de éste. Por ello, la norma penal que merece ser considerada verdadero Derecho Penal es aquella que no contraviene la dignidad de la naturaleza humana y cuya obligatoriedad es reconocida por sus destinatarios.

En síntesis, la norma penal justa sería aquella resultante de la interacción de estos tres elementos: la adecuación respecto al Derecho Natural, la validez formal y el reconocimiento de su obligatoriedad por parte de sus destinatarios. Cualquier alteración o falta de alguno de ellos podría comprometer la justicia, validez y el nivel de cumplimiento de la norma por parte de las personas que conforman una sociedad[276], lo cual nos lleva a colegir que tanto el nivel de la naturaleza humana (*physis*), perteneciente al terreno antropológico; como el nivel de la formalidad jurídica, perteneciente al terreno del derecho positivo, y el del reconocimiento, propio del terreno sociológico son de suma importancia, puesto que al confluir, ellas conforman el Derecho Penal.

De igual forma, dicha confluencia permite distinguir las normas que constituyen un verdadero y efectivo Derecho Penal, de otras que únicamente son expresión de la arbitrariedad estatal o del puro consensualismo social. Estos dos últimos fenómenos sociales tienen serias implicancias jurídicas y de diversa índole para la persona humana, ya que tanto su libertad como su propia existencia se encuentran en grave riesgo por presencia latente de una pena, susceptible de ser cumplida por la fuerza.

En ese sentido, nuestra propuesta sería compatible con la posibilidad que deja abierta Welzel para la existencia de un concepto de Derecho que permita criticar aquellas normas que atentan contra la dignidad de la naturaleza humana:

---

[276] Ver Tabla 1 en la siguiente página.

"(...) las normas que señalaron el proceder de la Inquisición española, o las que dirigieron los procesos de brujas, fueron Derecho positivo, al igual que las leyes de Nûremberg contra los judíos. Se las puede designar como "leyes que no son Derecho", se pueden estrechar los límites del concepto de Derecho, si se le exige algún otro requisito, además del de la positividad ..."[277]

Precisamente, ese otro requisito es justamente la dignidad de la naturaleza humana (*physis*), tal como la hemos definido, conceptualizado, desarrollado y explicado en la presente investigación, aunque no pudo ser claramente descubierto por Hans Welzel, debido las imprecisiones y errores de su planteamiento filosófico.

A continuación, presentaremos un cuadro en el cual proponemos una manera de evaluar una norma penal a la luz de la dignidad de la naturaleza humana, a fin de conocer si es justa, así como el nivel de su validez y el de su cumplimiento efectivo en una sociedad; de tal manera que, si satisface estos tres elementos, dicha norma penal verdaderamente constituye Derecho Penal.

Tabla 4Tabla 1: Evaluación de una norma penal a la luz de la dignidad de la naturaleza humana. Elaboración propia.

Validez D.N.[278]	**Validez procedimental o positiva**[279]	**Reconocimiento**[280]	**Vigencia integral de la norma**	**Comentario**
Sí	Sí	Sí	**Sí**	Norma justa, formalmente válida y vigente en la sociedad. Alto cumplimiento de esta.

[277] WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. Op. Cit. p.158. El subrayado es nuestro.
[278] Concorde al Derecho Natural.
[279] Concorde a los procedimientos Legales de un Estado.
[280] Consciencia de obligatoriedad por parte de la Sociedad.

Sí	Sí	No	Sí	Norma justa, formalmente válida, pero hay que trabajar en la sociedad para aumentar su legitimidad entre sus miembros. Su vigencia podría estar siendo cuestionada. Cumplimiento de ésta presenta dificultades.
Sí	No	Sí	**Sí**	Norma justa y formalmente inválida. Sin embargo, es vigente socialmente. Sociedad concientizada a favor de la dignidad de la naturaleza humana. Se hace necesario adecuarla a los parámetros legales formales.
Sí	No	No	Sí	Norma justa, aunque formalmente inválida. No se encuentra vigente socialmente, debido a que la Sociedad podría ser laicista. Hay que trabajar en su concientización y en introducir cambios legislativos. Alto nivel de

				incumplimiento de la norma.
No	Sí	Sí	Vigencia estrictamente desde un sentido funcionalista de la norma penal.	Norma injusta, formalmente válida. Se encuentra vigente socialmente. Alto nivel de cumplimiento de esta. Se da una situación similar a la de la sociedad alemana durante el Tercer Reicht.
No	Sí	No	No	Norma injusta, formalmente válida. Sin embargo, no se encuentra vigente socialmente. Incumplimiento de esta.
No	No	Sí	Vigencia estrictamente social, pero que aún no se ha concretado en una norma penal.	Sociedad escindida del gobierno. Tendencia hacia el totalitarismo. Sociedad más fuerte que el gobierno.
No	No	No	No	Norma injusta, no vigente. Si fuese promulgada por el gobierno no respondería a las expectativas sociales.

Como comentario adicional, podríamos sugerir que ello tiene bastante importancia en la justificación del derecho de insurrección contra el soberano ilegítimo (aquel que contraría el Derecho Natural al imponerse por la *sola violencia*), la objeción de conciencia y la desobediencia civil ante una autoridad o una norma que atenta la dignidad de la naturaleza humana de la persona. Vemos pues, que toda norma penal para ser considerada Derecho debe estar arraigada, en última instancia, en la dignidad de la naturaleza humana.

Por consiguiente, la manera en cómo debe enfocarse la protección del mundo de sentido de la sociedad o *coexistencia* de las personas, por parte de la norma penal es la siguiente: la norma penal no tiene como causa última su propia vigencia, como en el pensamiento jurídico de Welzel[281], sino la vigencia de la dignidad de la naturaleza humana como realidad antropológica de la cual emana un conjunto de principios ético-jurídicos, lo cual la hace semejante a otras ramas del Derecho.

Sin embargo, el elemento distintivo de la norma penal que conforma el Derecho Penal reside en la manera en cómo es producida y mantenida la vigencia de la dignidad de la naturaleza humana. Efectivamente, las peculiaridades de la norma penal son: a) la estricta observación del principio de legalidad para su producción, aplicación e interpretación; b) la configuración lógica de sus preceptos jurídicos en un sentido negativo; c) el aseguramiento de dichos preceptos jurídicos mediante la imposición de una pena; y d) la intensidad del uso de la fuerza para la aplicación de dicha pena. Todas ellas están vinculadas entre sí.

De esta manera, podemos anotar que la estricta observación del principio de legalidad se produce en atención a la posibilidad de la imposición de una pena a quien contraviene los preceptos jurídicos contenidos en la norma penal, la cual puede afectar, en grado máximo, dos derechos fundamentales directamente conectados con la persona humana: la libertad de

[281] Nuestra visión tampoco es similar a la de gran parte de los penalistas contemporáneos, entre los que destaca Günther Jakobs.

desplazamiento - reclusión en una celda por un tiempo fijo o por el resto de la vida ("cadena perpetua") - o la vida (muerte del delincuente o "pena de muerte").

Asimismo, la norma penal está redactada bajo la forma de las llamadas figuras típicas, en tal sentido que describe ciertas conductas (acciones u omisiones) que son consideradas lesivas para distintos bienes jurídicos y que, como consecuencia, generan el deber de imponer una pena, por parte de la autoridad judicial. En ese sentido, lo propiamente normativo está configurado lingüísticamente en sentido negativo.

De otro lado, el contenido ético centrado en la dignidad de la naturaleza humana que conforma el Derecho Natural, obliga *en conciencia* a todas las personas, pues todas poseen la misma naturaleza humana (*physis*). Es decir, independientemente del reconocimiento social de una norma como obligatoria – podríamos estar ante un caso en donde la mayoría de la opinión pública está a favor de la despenalización del aborto mientras que la norma penal la sigue considerando como delito- la normatividad de la dignidad de la naturaleza humana no decae ni desaparece.

Por último, puesto que todas las personas poseemos la misma naturaleza humana, podemos deducir que sólo hay una naturaleza humana y, por tanto, solamente un significado único y verdadero, el mismo que, en tanto verdad, necesariamente implicará un significado único y verdadero de Derecho Natural vinculante y vigente para todo ordenamiento jurídico.

3.3.3. PERMANENCIA Y VARIACIONES HISTÓRICAS EN EL DERECHO PENAL

El debate en torno a la existencia del Derecho Natural es el debate sobre la existencia de un "código" ético – jurídico permanente y universalmente válido para todos los hombres, más allá de las particularidades que pudiera presentar cada ordenamiento jurídico positivo. Desde nuestra perspectiva, podemos afirmar que sí existe el Derecho Natural y que éste, a su

vez, posee un carácter permanente e invariable, en la medida en que la fuente y el fundamento en la que está arraigado - esto es, la naturaleza humana (*physis*) de la persona -, sigue siendo la misma. La naturaleza humana (*physis*) de la persona es la misma realidad hoy que en el siglo XIX, la Edad Media o en la Antigua Grecia.

Cuando Polo afirma que *el Derecho experimenta variaciones históricas, pero quizás su función sea la misma a lo largo de la Historia*[282], se está refiriendo al derecho positivo, el cual admite ser configurado de acuerdo a las particularidades socioculturales de un grupo humano. Sin embargo, la segunda parte de su enunciado puede ser compartido tanto por el Derecho positivo como por el Derecho Natural: la función de todo Derecho es que esté vigente y sea reconocido. Y aquí conectamos con la siguiente idea de Polo: *"Lo que ocurre es que esa función en los derechos vigentes en cada momento no ha sido cumplida de la misma manera"*[283].

De esta manera, teniendo en cuenta que, como hemos advertido previamente, la vigencia del Derecho Natural radica en la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) por el solo hecho de ser persona, la cual es una realidad con carácter permanente en todo momento de la Historia, los problemas vinculados al abuso de poder contra distintos grupos humanos (masacres, totalitarismos, campañas de "limpieza étnica", etc.) – muchos de ellos encubiertos bajo el ropaje de la norma penal - no cuestionarían la existencia del Derecho Natural, sino la existencia de un verdadero Derecho Penal; de la adecuación de la norma penal conforme a aquel.

En ese sentido, ellos explicitarían un problema en el cumplimiento de éste, causado, la más de las veces, por la imposibilidad de acceso a una verdadero conocimiento y comprensión del significado y alcances de la dignidad de la naturaleza humana (*physis*), habida cuenta que o bien "lo natural" en el hombre había sido definido en términos físicos o biológicos, o bien

---

[282] VINCES, Octavio. Una sociedad poco juridificada inhibe a la actividad humana. Entrevista a Leonardo Polo. Op. Cit. pp. 22-24. p.22. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15308/15769.
[283] Ídem. p.22.

distorsionado por la llamada *"simetrización"* filosófica, la cual ha tendido a favorecer una imagen idealista del mismo, destacando su dimensión intelectual. Así, ambas habrían sido funcionales para la configuración de éticas no realistas tales como el individualismo, materialismo, etc.; todo ello, como consecuencia directa del abandono crónico del desarrollo de los estudios de antropología filosófica de corte realista, después de Tomás de Aquino hasta Leonardo Polo.

Por otro lado, el Derecho Natural participa de aquellas dos nociones esenciales que Polo destaca como características propias del Derecho entendido como especial normatividad: la titularidad y la capacitación o potestad[284]. El Derecho Natural, en tanto está basado en dignidad de la naturaleza humana (*physis*) que es común en todos nosotros que somos personas, tiene por titulares a *cada quién* que es *persona humana*, no a cosas ni animales, por ello es por lo que jamás estos podrán ser titulares de derechos, aunque sí son objeto de regulación del Derecho. La titularidad supone un entronque del Derecho con la persona humana.

De otro modo, de acuerdo con Polo: la *"titularidad (...) es necesaria para formular un sistema que aumente la capacidad natural del sujeto para ciertos fines"*[285]. Este sistema es el Derecho y contribuye tanto a la protección de la persona, como a incrementar las capacidades (de ejecución física) del titular para realizar distintas acciones.

Así, en el caso del Derecho Natural, el reconocimiento de que todas las personas tenemos la misma naturaleza humana (*physis*) nos lleva a considerar que todos tenemos la misma *dignidad*, y a que esta realidad informe y vincule a todo el ordenamiento jurídico como un principio vital y central que orienta en todo momento a lo largo de la Historia, cuál es y debe ser su finalidad última, más allá de las particularidades socioculturales que pudieran existir entre distintas sociedades. La consideración de la *dignidad* de la persona humana como

[284] Ídem. p.22.
[285] Ídem. p.22.

principio con consecuencias jurídicas trascendentes es sólo el primer paso hacia la plena protección de la persona humana.

Asimismo, el Derecho Natural permite incrementar la capacidad del titular para realizar distintas acciones, siendo la principal el aseguramiento de su propia existencia. En consonancia con lo expuesto en el anterior párrafo, la *dignidad* de la persona humana como principio permite la creación de estructuras, garantías, e instituciones jurídicas y políticas que incrementan exponencialmente la exigibilidad del respeto hacia la dignidad de la persona humana como el eje de toda *sociedad* y Estado.

Por consiguiente, el Derecho Natural es verdadero Derecho, puesto que obliga realmente; y su fuerza normativa, al proceder de la dignidad de la naturaleza humana (physis), es superior al de cualquier otra norma.

3.3.3.1. DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA Y BIENES JURÍDICOS

Luego de haber señalado el vínculo que existe entre la dignidad de la naturaleza humana y los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, en virtud del cual aquella es fundamento de estos; cabe indicar que, de acuerdo a la clase de bien jurídico, es posible advertir una dimensión estática y una dimensión dinámica dentro del Derecho Penal, las cuales son posibles de percibir en la tipificación de figuras delictivas o criminales.

Así, tenemos a la dimensión estática conformada por bienes jurídicos penales entroncados directamente con la persona humana, tales como: la vida, la integridad física, la salud, etc., mientras que la dimensión dinámica estaría conformada por bienes jurídicos penales indirectamente entroncados con la persona humana, tales como la administración pública, la administración de justicia (o sistema judicial), etc. Asimismo, los primeros tendrían carácter de

permanentes y necesarios, mientras que los segundos, variables y contingentes; por lo que habría una relación jerárquica entre ambos.

3.3.3.1.1. DIMENSIÓN ESTÁTICA

Como hemos apreciado anteriormente, dentro de esta dimensión destacan dos bienes jurídicos penales de carácter personal: la vida y la libertad. En ese sentido, podríamos decir que son los más importantes para el Derecho Penal, ya que uno está vinculado a la propia existencia de la persona humana (la vida), y el otro, a la voluntad, la cual es la facultad espiritual del hombre más importante (la libertad).

En primer lugar, siguiendo nuestro razonamiento: la vida humana supone la propia existencia de la naturaleza humana (*physis*) – entendida como unión de cuerpo y alma - y, por ende, de la persona, por lo que merecería protección por parte del Derecho Penal, debido a que su lesión o puesta en riesgo injustamente, amenaza la misma existencia de la persona humana. La negación de la vida sería la negación de la naturaleza humana y, consecuentemente, de la persona humana.

Por lo tanto, la negación de la persona humana conllevaría a la negación de la sociedad como coexistencia. De esta manera, la vida, y su correspondiente protección jurídica, sería la primera consecuencia del respeto de la dignidad de la naturaleza humana y la condición necesaria para el desarrollo del carácter de apertura de la persona humana; de la efusividad de su *physis*.

La muerte, por el contrario, es la más grave negación de la vida del hombre, porque ésta siempre implica vida en sociedad; por tanto, es clausura; negación absoluta de la *physis*. De ahí que el Derecho Penal, en concordancia con el Derecho Natural, considere relevante la más alta protección para la vida de la persona humana frente a numerosas conductas que supongan un

riesgo de una magnitud considerable, como por ejemplo: el homicidio simple, el homicidio calificado, etc.

Por otro lado, la libertad en la persona humana es la consecuencia directa de que la persona humana tiene espíritu, por medio del cual posee voluntad y libre albedrío. Para efectos prácticos, y no complicarnos, usaremos el término "libertad" de acuerdo a la lógica en la que es empleado por la mayor parte de los ordenamientos penales; a saber, como intencionalidad; por lo que, la ausencia de voluntad, o su anulación mediante la coacción o cualquier otro medio, para realizar u omitir una conducta, justificaría su protección por parte del Derecho Penal, en razón de la lesión o puesta en peligro de aquello que directamente vuelve al hombre en apertura: el querer querer; la intencionalidad.

Así, los llamados delitos contra la libertad individual (secuestro, trata de personas), la libertad sexual (violación sexual), entre otros no son sino otras formas de negación de la propia persona humana. Es decir, constituyen claros ejemplos de cosificación de ella misma.

En conclusión, podemos ver que la contravención del respeto hacia los bienes jurídico – penales vida y libertad conformarían formas genuinas de la más absoluta violencia causada por una voluntad "alocada" y sin límites, la del autor del delito, que se impone sobre la víctima, a la que trata como cosa.

No obstante, podríamos advertir también que podría ocurrir una lesión al bien jurídico "vida" producida de un modo culposo – sin intencionalidad por parte del autor -, pero punible en razón de la infracción de un deber de cuidado de este. En este caso, la conducta delictiva culposa constituye también la negación de la *physis*, por lo que, podríamos colegir que esta negación no se encuentra definida en función de la intencionalidad o no del autor para realizar la conducta delictiva, es irrelevante, sino en el *locus* del impacto de dicha conducta; en una palabra, en la naturaleza humana (*physis*).

3.3.3.1.2. DIMENSIÓN DINÁMICA

La dimensión dinámica del Derecho Penal estaría conformada por una multiplicidad de bienes jurídicos, cuya existencia y configuración tendrían carácter de contingente, puesto que son aquellos relacionados a la historicidad del Derecho, así como al impacto del elemento sociocultural en él. Por esta razón, la criminalización o penalización de las conductas típicas que los lesionan o ponen en riesgo podría extinguirse y posteriormente dar origen a otras.

Asimismo, ella sería una de las posibles causas por las cuales la gran mayoría de los delitos que lesionan los bienes jurídicos sociales son sancionados con una pena privativa de libertad menor a aquellos que infringen bienes jurídicos personales, tal como se apreciará en la revisión del caso peruano.[286]

Dentro de los bienes jurídicos de la dimensión dinámica destacan la administración pública y la administración de justicia, toda vez que son las que están más estrechamente conectadas con instituciones encargadas de la realización y cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona humana (Administración Pública y Poder Judicial), tales como la salud, la educación y la justicia, entre otros; como elemento esencial del bien común.

Además, estas instituciones tienen su principal materialización en la conformación de la organización estatal, la cual utiliza recursos públicos para generar valor público que contribuya al desarrollo integral de la persona humana en sociedad, por lo que su lesión o amenaza de vulneración, principalmente mediante el fenómeno de la corrupción, explicarían por qué serían los delitos con una sanción penal mayor a otros que lesionan otros bienes jurídicos sociales.

[286] Al menos, si queremos ser coherentes con nuestra postura a favor de la primacía de la dignidad de la naturaleza humana (physis), los delitos que atentan contra los bienes jurídicos personales deberían merecer una pena cuantitativamente mayor y cualitativamente más intensa que aquellos que infringen bienes jurídicos sociales.

3.3.3.1.3. CONCLUSIÓN

Hasta el momento, hemos presentado una propuesta teórica para sostener y describir la importancia y utilidad del concepto de naturaleza humana (*physis*) vista y definida desde la tradición de la antropología filosófica realista seguida por Leonardo Polo, con la finalidad de contribuir al enriquecimiento y elaboración de una macro teoría del Derecho Penal, a partir del estudio crítico de la obra filosófica de Hans Welzel.

Creemos que una de las grandes ventajas de nuestra propuesta es que no pretende mostrarse como acabada, sistemática o cerrada, ya que permitiría el diálogo no solamente entre el Derecho Penal y el Derecho Natural, ni tampoco únicamente entre el Derecho Penal con las Ciencias Sociales (Sociología, Economía, Antropología Cultural, Ciencia Política) o las Ciencias Humanas (Historia, Psicología, etc.), sino también al interior del propio Derecho Penal, ya que nuestra propuesta podría entrar en diálogo, en algunos aspectos, con teorías de Jakobs, Amelung, entre otros autores.

A continuación, presentaremos tres casos a fin de ilustrar a relevancia del concepto de naturaleza humana (*physis*) tal como lo hemos presentado en la presente investigación: el *primero* mostrará la conexión entre naturaleza humana y bienes jurídicos, a partir de una suscinta revisión de la ley penal y de la jurisprudencia constitucional peruana; el *segundo*, un ejemplo de la afirmación del carácter normativo de la naturaleza humana en la llamada *"Cláusula Nuremberg"* de la Convención Europea de Derechos Humanos, y el tercero, como ejemplificación de la negación del carácter normativo de la naturaleza humana en el concepto de "crimen de odio", el cual está adquiriendo bastante fuerza en la doctrina penal actual.

3.4. EL CASO DEL DERECHO PENAL PERUANO

En el presente caso, intentaremos evidenciar la conexión entre la naturaleza humana y los bienes jurídicos penales, la cual ha sido explicada y descrita previamente.

Para conseguir nuestro propósito, nos apoyaremos en una lógica inductiva para que, a partir de la revisión del Código Penal peruano, podamos identificar cuáles serían los bienes jurídicos que merecen la protección del Derecho Penal peruano en la actualidad, y posteriormente, describir la relación que tienen con la persona humana y/o la sociedad.

3.4.1. LOS BIENES JURÍDICOS EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL

Debemos indicar que, a efectos de ser lo más concreto posible para fines de nuestra investigación, hemos optado por ampararnos en el *principio de legalidad* del Derecho Penal para revisar los llamados "bienes jurídicos" que estarían siendo protegidos por la norma penal mediante la tipificación de las conductas delictivas reconocidas en nuestro Código Penal actual.

En ese sentido, es preciso señalar que, de acuerdo con nuestra Constitución vigente, la tipificación de los delitos está regida por el llamado *principio de legalidad*, según el cual todos los delitos son creados mediante norma con rango de ley, lo cual se explica por la intensidad de la fuerza del Derecho Penal, al estar garantizado su cumplimiento con la imposición y aplicación de una pena privativa de libertad - entendida ésta fundamentalmente como la restricción de la libertad de tránsito o del desplazamiento de la persona-, la cual se encuentra asegurada con el auxilio del uso de la fuerza, en caso de ser necesario.

Por tal razón, la norma constitucional contenida en el artículo 2, inciso 24, literal d de la Constitución nos permite inferir que la finalidad del *principio de legalidad* en el Derecho Penal es la protección constitucional de la libertad como libre desplazamiento de la persona.

"Art. 2.- Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

Por su parte, la primera alusión a los bienes jurídicos que dotarán de sentido y contenido a la norma penal se halla en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal actual, el mismo que reconoce que la justificación de la imposición de una pena implica previamente la afectación actual o potencial de los bienes jurídicos que han merecido una protección reforzada por parte de la ley penal.

"La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

En ese sentido, de la revisión del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal podemos apreciar que los diferentes delitos se encuentran agrupados en veinte acápites que reciben el nombre de "Títulos". En cada uno de ellos, logramos observar que el legislador ha tenido una cierta idea para reconocer el (principal) bien jurídico que podría ser lesionado con las conductas delictivas tipificadas. Así pues, a continuación, presentamos en el siguiente cuadro con los bienes jurídicos tutelados por el Código Penal peruano.

Tabla 5: Los bienes jurídicos en el Código Penal y una propuesta para su clasificación. Elaboración propia.

TÍTULO DE LA PARTE ESPECIAL	**BIENES JURÍDICOS**	**TIPO SEGÚN SU ORIGEN**	
		PERSONAL	**SOCIAL**

I	La vida, el cuerpo y la salud	X	
II	El honor	X	
III	La familia	X	
IV	La libertad	X	
V	El patrimonio	X	
VI	La confianza y la buena fe en los negocios		X
VII	Los derechos intelectuales	X	
VIII	Patrimonio cultural		X
IX	El orden económico		X
X	El orden financiero y monetario		X
XI	El orden tributario		X
XII	La seguridad pública		X
XIII	El medio ambiente	X[287]	
XIV	La tranquilidad pública		X
XIV-A	La Humanidad	X	
XV	El Estado y la Defensa Nacional		X

[287] Consideramos que el medio ambiente es un bien jurídico de tipo personal, porque su afectación implica la alteración, puesta en riesgo y/o vulneración de toda la persona humana.

XVI	Los Poderes del Estado y el Orden Constitucional		X
XVII	La voluntad popular		X
XVIII	La Administración Pública		X
XIX	La fe pública		X

Ahora bien, la presentación de la lista de los bienes jurídicos nos ha permitido identificar que estos son susceptibles de ser clasificados según su entroncamiento con la persona humana o con la sociedad. De esta manera, podemos afirmar que existen bienes jurídicos de naturaleza "personal" porque encuentran su fundamento en uno o varios aspectos de la naturaleza humana (*physis*) y/o su vulneración implica un directo y grave riesgo para la existencia de toda la persona humana en sí misma, tales como:

Tabla 6: Bienes jurídicos de naturaleza personal y dimensión de la persona a la que se refiere o a la que está vinculada. Elaboración propia.

BIENES JURÍDICOS[288]	**DIMENSIÓN DE LA *PERSONA***

[288] Como observación, podemos notar incluso que buena parte de los delitos cometidos contra estos bienes jurídicos (o tal vez todos) son similares a los mandamientos del Decálogo contemplados en la teología veterotestamentaria cristiana ("no robarás": delitos contra el patrimonio; "no matarás": delitos contra el cuerpo la vida y la salud, honrarás a tu padre y a tu madre: delitos contra la familia, y así), aunque se encuentran secularizados.

La vida, el cuerpo y la salud	Toda la persona o la *Physis*: ámbito corpóreo/espiritual
El honor	*Physis:* ámbito Espiritual
La familia	Toda la persona
La libertad	*Physis:* ámbito espiritual
El patrimonio	*Physis:* ámbito corpóreo
Los derechos intelectuales	*Physis*: ámbito Espiritual
El medio ambiente	Toda la persona
La Humanidad	Toda la persona

Por otra parte, existen otros bienes jurídicos que son de naturaleza "social" porque encuentran su fundamento en la protección de estructuras, instituciones y otras manifestaciones sociales que son producto de *manifestaciones humanas dadas en la convivencia* y que, a su vez, constituyen factores que posibilitan la permanencia de la *sociedad* en tanto estatuto que permite dicha convivencia entre personas. Estos serían: la confianza y buena fe en los negocios, la Administración Pública, entre otros.[289]

[289] La nomenclatura de estos bienes jurídicos podría variar de acuerdo a cada país.

3.4.2. LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA (*PHYSIS*) COMO FUNDAMENTO DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL PERUANO

Habiendo expuesto que la *dignidad*, por ser común a todos los hombres, se encuentra en la naturaleza humana (*physis*), que también es común a todos ellos, procederemos a demostrar de qué manera estaría vinculada con los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal peruano; concretamente, en la observación de los artículos I y IV del Título Preliminar del Código Penal.

> *"Art. I.- Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.*
>
> *(...) Art. IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley."*[290]

De esta manera, una interpretación de los artículos I y IV del Título Preliminar del Código Penal peruano coherente con la línea argumentativa expuesta a lo largo de la presente investigación nos permite apreciar y deducir: *primero*, el Derecho Penal protege a la persona humana como ser que coexiste con otras en *sociedad*; *segundo*, los delitos y faltas que son objeto de sanción por parte del Derecho Penal son atentados contra la persona humana y la sociedad; *tercero*, los mencionados atentados contra la persona humana y la sociedad se producen mediante la afectación de los bienes jurídicos personales y sociales; *cuarto*, la razón que justificaría la protección de los bienes jurídicos personales y sociales por parte del Derecho Penal es la dignidad de la naturaleza humana (*physis*); y *quinto*, todo ello no hace sino reafirmar que el Derecho Penal peruano, plasmado en el código penal, se halla arraigado en la dignidad

[290] Código Penal Peruano. Disponible en: spij.minjus.gob.pe

de la naturaleza humana (*physis*) y, por tanto, en el Derecho Natural, la cual le informa su finalidad y el contenido ético que necesariamente deberá tener la norma penal.

3.4.3. LA DIGNIDAD DE LA NATURALEZA HUMANA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA: CONFUSIONES POR RESOLVER

Para complementar este punto, conviene incluir la discusión en torno a la dignidad que ha merecido por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, a fin de verificar el concepto de dignidad manejado.

La justificación de esta decisión reside en el fenómeno llamado *"constitucionalización del derecho penal"*, el cual ha sido ampliamente abordado por importantes autores peruanos, entre los que destaca César Landa[291]. Si bien estos autores no llegan a explicar cuál sería la razón por la cual el derecho penal debe sujetarse a ciertos principios constitucionales, lo cierto es que ello es así en virtud del carácter vinculante de la *dignidad* de la naturaleza humana (*physis*).

En primer lugar, a menudo el Tribunal Constitucional considera que la *dignidad* es un concepto normativo jurídicamente indeterminado. No obstante, este hecho no es impedimento para que la *dignidad* tenga consecuencias trascendentes sobre el ordenamiento jurídico para la protección y promoción de la persona humana, especialmente a través de la interpretación de la norma jurídica y de la producción jurisprudencial.

Efectivamente, la *dignidad* existe, pues es una realidad antropológica relacionada íntimamente con la naturaleza humana (*physis*), la cual también existe; y la principal

[291] Cfr. LANDA, César. La Constitucionalización del Derecho Procesal Penal: El nuevo código procesal penal peruano en perspectiva. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592/16041. También, en alguna medida, este tema queda patente en: GARCÍA, Percy. La relación de conexidad en el Hábeas Corpus conexo. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_05.pdf.

implicancia que ello comporta es la vinculación directa sobre todo el ordenamiento jurídico, toda vez que, en tanto realidad antropológica, constituye valor supremo, principio, fundamento, y fuente legitimadora.

Así, en tanto valor supremo y principio, la *dignidad* de la naturaleza humana justificaría y legitimaría la existencia del Estado, y de las funciones que éste desempeña, dejando en claro la calidad del Estado como medio para contribuir a la promoción del perfeccionamiento de la persona humana. Para ilustrar ello, presentamos los fundamentos N°5 y Nª6 de la sentencia recaída sobre el expediente N°2273-2005-PHC/TC:

> *"5. Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, (...)*
>
> *6. Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad."*[292]

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional únicamente habla de la *dignidad* sin referencia alguna a la naturaleza humana, como bien lo demostraremos posteriormente. Más aún, el Tribunal Constitucional asume una concepción simetrizada de la *dignidad*, lo cual puede comprobarse fácilmente mediante la observación del fundamento N°8 de la sentencia recaída sobre el mismo expediente cuando se menciona que "*en la dignidad y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el "deber ser" y "el ser", garantizando la plena realización de cada ser humano"*[293].

Esta visión normativista de la *dignidad* tiene un profundo arraigo en la filosofía kantiana; específicamente, en el *deber ser* trascendente al que hacía mención Welzel y con todo

[292] Fundamentos N°5 y N°6 de la sentencia recaída sobre los expedientes Nª2273-2005-PHC/TC-LIMA.
[293] Fundamento N°8.de la sentencia recaída sobre el expediente N°2273-2005-PHC/TC-LIMA.

lo que ello implica para la visión del hombre comprendido como *fin en sí mismo*; es decir, como un ser encerrado y no en *apertura*, mal comprendiendo a la persona como individuo y negando la *coexistencia*.

El normativismo es claramente una manifestación de la *simetrización* filosófica que en el caso de la *dignidad* alcanza su máxima expresión, debido a que la naturaleza humana (*physis*) ha sido expoliada (la dignidad aparece escindida de la naturaleza humana), trayendo como consecuencia una suerte de halo nebuloso alrededor del significado e implicancias de la *dignidad* de la naturaleza humana, lo cual favorece la creación de una imagen de indeterminación y que, consecuentemente, el Derecho pierda el referente adecuado para evitar cualquier tentación de caer en relativismos éticos.

De otro lado, en las pocas ocasiones en las que el Supremo Intérprete ha hecho alusión a la "naturaleza del ser humano", la ha definido inadecuadamente confundiendo la naturaleza humana (*physis*) con las dimensiones de ésta, es decir, la hipóstasis con las dimensiones corpórea y espiritual que la componen. Ejemplo de este primer caso es el fundamento N°2 de la sentencia recaída sobre el expediente N°0042-2004-AI/TC:

> *"2. En efecto, la Constitución (artículo 1), al reconocer que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, capta al ser humano no sólo como ser "racional", sino también aprehende la conditio humana desde el lado emocional o "irracional". Lo cual se refleja claramente cuando se invoca a Dios o se evoca el sacrificio de las generaciones anteriores en el Preámbulo de nuestra Constitución."*[294]

Como se aprecia, se equipara el "ser humano" como "ser racional" y la "condición humana" como emocional o irracional, lo cual es completamente irreal, puesto que, como puede

[294] Fundamento N°2 de la sentencia recaída sobre el expediente N°00042-2004-AI/TC.

deducirse de lo expuesto en el segundo capítulo, la inteligencia es sólo una facultad que pertenece a la dimensión espiritual de la naturaleza humana (*physis*), mientras que las emociones están más vinculadas a la dimensión corpórea (concretamente, al sistema límbico) de la misma; por tanto, el hombre, porque posee libre albedrío, puede escoger entre obrar racionalmente, sobreponiéndose –ojo, no anulando- a sus instintos o emociones, o dejarse llevar por ellas; por lo que es irreal decir que la naturaleza humana (*physis*) implique únicamente racionalidad o puramente emotividad.

Por su parte, el particular caso del fundamento N°28 de la mencionada sentencia resulta ser aún más absurdo, ya que se pretende apelar a la *dignidad* del ser humano para encontrar una justificación racional al *"respeto a los animales"* en virtud del cual quede prohibido que "*el ser humano someta a torturas, tratos crueles y dé muerte, innecesariamente, a los animales"*, lo cual comporta una cierta fisicalización de la naturaleza humana; es decir, una comprensión física y cósmica de la *physis*.

> *"28. A juicio de este Colegiado, no existe ningún argumento racional que justifique el que el ser humano someta a torturas, tratos crueles y dé muerte, innecesariamente, a los animales; más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos. Tal actitud es contraria con la ética y contra la dignidad y la naturaleza racional y emotiva del propio ser humano, pues el respeto a los animales por parte de toda persona halla su fundamento también en el respeto mutuo que se deben los hombres entre sí."*[295]

Así pues, pretender equiparar el respeto a los animales por parte de las personas al respeto mutuo que se deben los hombres entre sí, o incluso pretender encontrar el fundamento del primero en el segundo, es un completo sinsentido que revela la orfandad de razón por la

[295] Ídem. Fundamento N°28. El subrayado es nuestro.

ausencia de conocimiento del verdadero significado de la naturaleza humana (*physis*) alcanzado desde la Antropología Filosófica realista. Por ello, seguir la posición y la lógica del Tribunal Constitucional sería admitir que las personas y los animales *coexisten*, lanzando por la borda la comprensión de la persona como *ser – con,* coexistencia, llevando al hombre a establecer relaciones con realidades inferiores a él, lo que sería el primer paso hacia el materialismo ético.

Asimismo, el mismo fundamento Nº28 permite apreciar otro error incurrido por el Tribunal Constitucional, al querer intentar conceptualizar sobre la "naturaleza del ser humano", la cual es concebida de manera dual, al afirmar que el ser humano posee naturaleza racional y emotiva. En ese sentido, podemos decir que se vuelve a confundir la naturaleza humana (*physis*) con las dimensiones que la componen – corpórea y espiritual -; todo ello originado por no tener la mínima idea del significado verdadero de aquella.

Por otro lado, ha habido ocasiones en las que el Tribunal Constitucional también ha comprendido erróneamente la naturaleza humana (*physis*) como biología, tal como es posible observar en el fundamento Nº28 de la sentencia recaída sobre el expediente Nº00139-2013-PA/TC:

> *"28. La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que <u>el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana),</u> para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza."*[296]

Precisamente, este criterio jurisprudencial ilustra el desconocimiento por parte del Tribunal Constitucional acerca del significado de la naturaleza humana (*physis*), al asumir una definición simetrizada de *physis,* entendiéndola desde una perspectiva puramente biológica al

[296] Fundamento N°28 de la sentencia recaída sobre el expediente N°00139-2013-PA/TC. El subrayado es nuestro.

mejor estilo de la sofística, la cual permite que sea fácilmente criticada desde posiciones que destacan sobremanera el rol y la importancia de la cultura en la construcción de identidades de género que contravendrían directamente aquellos aspectos de la persona que son, en cierta medida, determinados por lo biológico (el sexo).

De este modo, la sexualidad del hombre (la masculinidad) y de la mujer (la femineidad) es manipulada para considerarla exclusivamente desde una perspectiva social y desconociendo lo biológico, contribuyendo con ello a la *simetrización* de la persona, entendiéndola como un individuo caracterizado por una voluntad desbocada que intenta desconocer la dimensión biológica de la naturaleza humana (*physis*). En suma, concebir la naturaleza humana solamente desde lo biológico permite y legitima que muchos detractores opten por considerar a la persona solamente como un ser social, lo cual también es un error. Como ya lo explicamos anteriormente, la *sociabilidad* del hombre, si bien no es una facultad de la persona, al igual que la voluntad o inteligencia, deriva del carácter efusivo de su propia naturaleza humana; es consecuencia directa de que sea *persona*, *ser – con*, un ser en *apertura*, *coexistencia*.

Ahora bien, en cuanto a su condición de fundamento y fuente legitimadora[297], el Supremo Intérprete considera que la *dignidad* de la naturaleza humana es el origen de todos los derechos fundamentales, en tanto *sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo*[298], por lo que es *"(...) un mínimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover"*[299]. Esta última idea tiene una clara connotación kantiana.

[297] Al respecto, es preciso señalar que el fundamento jurídico Nº21 de la sentencia recaída sobre el expediente Nº 0030-2005-PI/TC, contempla que, además de la dignidad, son fuentes legitimadoras de los derechos fundamentales la soberanía popular y el Estado Democrático. En ese sentido, debemos hacer hincapié en insistir en que, para nosotros, mientras la dignidad de la naturaleza humana es fuente de legitimación primaria o necesaria, la soberanía popular y el Estado Democrático serían fuentes de legitimación secundarias o contingentes, pues dependerían de la dignidad.
[298] Fundamento N°7 de la sentencia recaída sobre el expediente N°2273-2005-PHC/TC.
[299] Fundamento N°7 de la sentencia recaída sobre el expediente N°2273-2005-PHC/TC.

Prosiguiendo en el mismo orden de ideas, el hecho que en la visión del Tribunal Constitucional la dignidad sea el *soporte estructural* de la protección debida al individuo conlleva inmediatamente a dos consecuencias: *primero*, que la *dignidad* sea considerada como el *principio* más importante a nivel jurídico, ya que un criterio que desempeña funciones interpretativas, determinativas y limitativas[300], mientras que considerada como *derecho* fundamental sea objeto de tutela y protección; y *segundo*, derivado de lo anterior, la *dignidad* informa, orienta y da sentido tanto a la *sociedad* como al Estado – el Poder Público – recordándoles permanentemente que están al servicio de las personas y no al revés.

Al respecto, concordamos en considerar que la *dignidad* es un principio que enriquece la interpretación jurídica como instrumento para el desarrollo y promoción de la persona humana, siempre y cuando esté relacionada a la naturaleza humana (*physis*), la misma que actúa como marco de referencia sin el cual es muy probable caer en posturas voluntaristas, individualistas, relativistas u otras desviaciones éticas, jurídicas y antropológicas. Solamente si la *dignidad* es pensada en relación a la naturaleza humana (*physis*) podemos obtener una visión real y completa de sus alcances y límites; y, de esta manera, podrá cumplir un rol esclarecedor al momento de efectuar la delimitación del contenido de los derechos fundamentales que de ella se desprenden, especialmente cuando sea preciso armonizar un aparente "conflicto de derechos".[301]

Respecto de la función limitativa de la *dignidad*, ésta se encuentra engarzada con la necesidad de limitar el Poder Público del aparato estatal, así como de las pretensiones que podría buscar legitimarse mediante la regla de la mayoría o cualquier otro mecanismo similar, por parte de la sociedad de la cual aquel procede, con la finalidad de proteger la *coexistencia* de las personas. Todo ello se traduce no sólo en una actitud pasiva o de repliegue del Estado o

[300] Fundamento Nº10 de la sentencia recaída sobre el expediente Nº2273-2005—PHC/TC.
[301] En realidad, se trata más de conflicto de intereses aparentemente contrapuestos entre sí.

de la sociedad frente a la persona, sino también en una actitud activa (prestacional y garante) de ellos. Así tenemos el fundamento Nº22 de la sentencia recaída sobre el expediente Nº00042-2004-AI/TC en consonancia con el fundamento Nº2 del mismo:

> *"2. Ahora bien, el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58).(...)*
>
> *22. La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales."*[302]

Como es posible apreciar del fundamento Nº2, la *dignidad* de la naturaleza humana obliga a todo el ordenamiento jurídico debido a que, según nuestra línea argumentativa, es una realidad antropológica que se impone por su propia autoridad y calidad de verdadera. Posee, entonces, efectos jurídicos concretos, plenamente válidos y eficaces, sin necesidad siquiera del previo reconocimiento por parte del Estado o de la sociedad.

[302] Fundamentos N°2 y 22 de la sentencia recaída sobre el expediente Nª00042-2004-AI/TC. El subrayado es nuestro.

De otro lado, en cuanto al fundamento Nº22, el sentido común nos llevaría a interpretar que al hablar de *"su participación en la voluntad político-estatal"* se está haciendo alusión únicamente a la participación *electoral* de la persona mediante el voto; sin embargo, una mirada más amplia y coherente con nuestra línea de argumentación nos lleva a considerar a la participación de la *dignidad* de la naturaleza humana. Es decir, a su consideración necesaria para la formación de la voluntad político-estatal, así como para la toma de decisiones a partir de ella. Esta lectura interpretativa contribuye a evitar el consensualismo y el relativismo ético – jurídico.

Así también, conviene advertir que la dignidad no es un derecho fundamental sino la consecuencia de la particularidad de la naturaleza humana (*physis*), viene dado con la persona; es una característica de la naturaleza humana, la cual es propia del ser personal. Más aún, el considerarla un derecho fundamental nos conduce hacia absurdos, puesto que cabría la posibilidad de plantearse si uno tiene *derecho a ser persona* o no.

Siguiendo nuestro camino en esta investigación, debemos hacer mencionar que la función limitativa de la *dignidad* la naturaleza humana (*physis*) posee una eficacia jurídica inmediata, sin recurrir siquiera a la positivización, lo que permite inferir su calidad de permanente e inmutable.

De este modo, hemos verificado que la *dignidad* de la naturaleza humana (*physis*) es el punto focal del Derecho Natural, entendido como derecho de la naturaleza humana y, por lo tanto, es además el principal criterio orientador y constitutivo de toda Constitución, así como de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo al Derecho Penal. Asimismo, ella dota de contenido y de sentido a todo el derecho (y al derecho positivo), lo cual es posible únicamente por tener, antes que implicancias jurídicas, implicancias éticas.

Sin embargo, este conocimiento solamente puede ser aprehendido, captado y compartido si desechamos el sentido *simetrizado* de *dignidad* de herencia kantiana y admitimos el sentido correcto de ésta, lo que implica revalorar y reintroducir el empleo de la referencia a la "naturaleza humana", definido desde la Antropología Filosófica realista. De lo contrario, caeríamos nuevamente en una visión cerrada, voluntarista e individualista del hombre; irreal.

3.5. LA CLÁUSULA NUREMBERG: AFIRMACIÓN DEL CARÁCTER NORMATIVO DE LA NATURALEZA HUMANA

A fin de ejemplificar nuestra explicación acerca de la realidad del carácter normativo de la dignidad de la naturaleza humana por sobre la validez formal de una norma penal e, incluso, el principio de Legalidad, presentaremos el caso de la llamada "Cláusula de Nüremberg", aplicable y vigente en el Derecho Penal Internacional.

Como bien sabemos, los actos considerados crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los nazis contra el pueblo judío durante el Tercer Reicht y la Segunda Guerra Mundial, no solamente no se encontraban tipificados con esa nomenclatura en la legislación internacional, sino que fueron cometidos en virtud de leyes formalmente válidas promulgadas por el gobierno del Tercer Reicht, y gozaban de una alta aprobación, reconocimiento y legitimidad entre la población destinataria de esas normas; es decir, de la sociedad alemana de aquella época. Por esa razón, constituyó realmente un desafío encontrar la fórmula jurídica para posibilitar el juzgamiento de dichos actos por parte de los llamados Tribunales de Nüremberg conformados por los Aliados, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, la solución jurídica fue la llamada "Cláusula de Nüremberg", plasmada hoy en el artículo 7.2. del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, la misma que permite la flexibilización del llamado Principio de Legalidad con la finalidad de procesar y juzgar a una

persona por cualquier acción u omisión que pueda ser considerada delito según los principios generales del Derecho, tal como a continuación presentamos:

"Artículo 7:

1. *Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*

2. *El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas."*

Precisamente, podemos atrevernos a sugerir o interpretar que el fundamento de la norma penal contenida en el artículo 7.2. del Convenio Europeo de los Derechos Humanos es el principio de la dignidad de la naturaleza humana (*physis*). Si bien no está explicitado de esta manera en el mencionado instrumento internacional, ello no es óbice para considerarlo así; más aún, si reconocemos que la dignidad de la naturaleza humana es el principio más importante de todo ordenamiento jurídico existente en el mundo; entre ellos, el nuestro.

En eses sentido, no podemos dejar de mencionar nuestra sorpresa al verificar que la Convención Americana de Derechos Humanos no posee una cláusula similar en su artículo 9[303];

[303] Art. 9: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."

así como agregar que, sería importante debatir sobre la necesidad de la inclusión de ésta en nuestro ordenamiento interno.

Si bien es cierto que, de acuerdo a lo expuesto en el presente trabajo, no es necesario plasmar dicho principio sobre el papel para que adquiera dicho efecto normativo, - juzgamiento y condena por una acción u omisión que podría ser considerado delito cometido contra la dignidad de la persona -, lo cierto es que ni siquiera la interpretación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido a favorecer ello.

Por último, volviendo al artículo 7.2. de la Convención Europea de Derechos Humanos, podemos notar en la frase *"los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas"*, en la que estaría contenido el principio de la dignidad de la naturaleza humana, una característica que Hans Welzel observaba en toda teoría de Derecho Natural: "*la apelación a la naturaleza es un medio de lucha, un arma*". Al respecto, debemos reconocer que, efectivamente, es un arma o un medio de lucha política para la defensa de un orden axiológico determinado.

No obstante, al contrario de lo afirmado por Welzel, todo orden en la Historia ha tenido, tiene y tendrá un elemento permanente y objetivo: la naturaleza humana (*physis*) definida en términos de la antropología filosófica realista, cuyo carácter normativo informa a todo ordenamiento jurídico *quién es*, *cómo es* y *cómo actúa* la persona humana. Cualquier norma que intente negar la verdad de ello es simplemente irreal, ficticia o imaginaria; por lo que sería legítimo desobedecerla y muy necesario, derogarla o expulsarla del ordenamiento jurídico inmediatamente.

Si ello no fuese así, la apelación a *"los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas"* acarrearía un riesgo o amenaza real para la propia existencia de las personas, puesto que serían susceptibles de ser definida por causa del poder de las élites

“civilizadas” (este adjetivo también es susceptible de manipulación) que tuviesen intención de tener el control de las personas a través de la promoción de su ignorancia masiva, con el propósito de instaurar un orden contrario a la naturaleza humana (*physis*); es decir, injusto, voluntarista; antinatural.

En efecto, todo ello contribuye a corroborar la existencia de un cierto elemento político en el Derecho Penal, lo que se traduce en un margen de discrecionalidad para definir o interpretar los principios generales del Derecho que tienen implicancias directas sobre aquel. Sin embargo, existe un delgado límite que separa a la discrecionalidad de la arbitrariedad: la verdad, la cual para el caso del principio de la dignidad de la persona humana estaría comprendido por la naturaleza humana, tal como la hemos abarcado en esta investigación. De lo contrario, caemos en un proceso de ideologización del Derecho Penal, tal como está sucediendo en nuestros días.

Efectivamente, al día de hoy podemos notar una creciente influencia de la ideología de género en el ámbito del Derecho Penal, lo cual, sumado a la tendencia hacia el populismo por parte del legislador penal, ha contribuido a la promoción de la tipificación de nuevos delitos autónomos, so pretexto de conseguir una mejor punición para enfrentar el problema de la violencia contra la mujer (asesinatos, violaciones), el cual viene presentando una preocupante escalada en los últimos años en nuestro país.

CONCLUSIONES

Finalmente, luego de haber discutido el planteamiento filosófico jurídico penal de Hans Welzel alrededor de su concepción de la naturaleza humana (physis) y el Derecho Natural, y de someterlo a la crítica a la luz de la antropología filosófica realista seguida por Leonardo Polo, así como de haber tomado una postura personal en relación a dicho objeto de estudio, hemos podido arribar a una conclusión general y otras conclusiones específicas:

La *conclusión general* es que la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) es la medida de todas las cosas, lo que significa que todo, incluyendo el Derecho Penal, debemos evaluarlo a la luz de ella.

A partir de ello, se quiebra el "círculo vicioso" del Derecho Natural del que hablaba Welzel: es decir, si tenemos en cuenta que la dignidad de la naturaleza humana es el bien supremo de todo ordenamiento jurídico, a partir de los cuales puede derivarse un conjunto de bienes jurídicos dignos de ser protegidos por el Derecho Penal; entonces, en realidad nuestro punto de referencia para construir nuestro sistema axiológico basado en el Derecho Natural no reside en una atribución apriorística de lo bueno y lo malo. Por el contrario, "lo bueno" y "lo malo" será construido a partir del reconocimiento de la existencia de un dato real: la naturaleza humana (*physis*) de la persona.

Ahora bien, respecto a las conclusiones referidas al Derecho Natural, es posible deducir lo siguiente:

El concepto de la naturaleza humana contribuye tanto a la redefinición del significado de la Ética como del Derecho Natural. Sin embargo, es preciso ahondar más en el estudio de este tema.

Todo lo expuesto líneas arriba nos lleva a afirmar que la naturaleza humana (*physis*), cuyo conocimiento puede ser verdaderamente accesible por medio de la razón solamente a través de la Antropología Filosófica de tradición realista, informa tanto al Derecho y a la Ética la centralidad de la persona humana, con todo lo que ello implica (*apertura*, posibilidad de perfeccionamiento y degradación moral, coexistencia, lógica del don, etc.), determinando de esta manera la configuración y la lógica que deben tener para garantizarla; máxime si consideramos que la persona humana no es un individuo aislado, sino que se da en coexistencia con otras personas que poseen la misma naturaleza humana.

Vemos pues, que la naturaleza humana (*physis*) es el puente de enlace entre el Derecho y la Ética, e incluso de la Política, si consideramos a esta como la encargada de, entre otras funciones, dirigir la fuerza, su organización, y su aplicación para la consecución del Bien Común a través del Derecho.

Por otro lado, el Derecho Natural, es decir, la ética basada en la naturaleza humana (*physis*), informa al Derecho positivo que éste solo es un medio al servicio de la persona, el cual tiene por finalidad contribuir a su perfeccionamiento *en coexistencia,* a la luz del Bien, para lo cual deberá nutrirse de y conducirse por la *lógica del don*.

Por consiguiente, esto nos remite inmediatamente a la idea de Derecho Natural, definido como aquella parte de la Ética, y en esa línea, una "doctrina ética", que constituye el núcleo indispensable del saber filosófico con consecuencias trascendentes para el campo jurídico, y con ello para el Derecho Penal. Por tal razón, que el Derecho Natural sea una "doctrina ética" no significa que implique una subjetividad, ni que tampoco deba ser considerada un "mínimo ético" al puro estilo kantiano. Al contrario, el hecho de que se encuentre basada en la naturaleza humana (*physis*) de la *persona* conlleva a que, por acción de la *lógica del don*, esté en *apertura* hacia el perfeccionamiento aumentativo de ésta y en coexistencia con otras.

Lógicamente, esto nos obliga a preguntarnos ¿qué es el Bien?, ¿realmente existe? Y si existe, ¿podemos conocerlo? Intentar definir el Bien en sí mismo desde la Filosofía, y sin recurrir a la Teología, es sumamente difícil; pero intentar hacerlo sin referencia alguna a la naturaleza humana (*physis*) es poco menos que imposible por la razón que explicaré a continuación.

En primer lugar, afirmamos que el Bien es aquello que contribuye al perfeccionamiento de la naturaleza humana (*physis*) de la persona y, sobre todo, contribuye a formar su *esencia*.

Como hemos apreciado previamente, la dignidad de la naturaleza humana es fuente de *bienes personales* susceptibles de merecer protección por parte del Derecho (*bienes jurídicos*): estos *bienes* son auténticamente *bienes* porque son elementos o aspectos que pertenecen a la dimensión corpórea (*integridad o salud física*) o espiritual (*libertad como libertad de elección*), o suponen toda la persona (*vida*). Esta protección se daría bajo la forma del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (algunos constitucionalizados o plasmados en algún convenio internacional, otros no), así como la creación, la institucionalización y el reconocimiento de *bienes sociales* tales como la administración pública, el orden financiero, etc., los que se encuentran subordinados a los primeros.

Así, podemos ensayar una respuesta sobre qué es o qué implica el Bien para el perfeccionamiento del hombre, a partir de la concepción de la naturaleza humana (*physis*) desde la antropología filosófica realista y deducir lo que conlleva dicho perfeccionamiento a través de la observación de las diferentes dimensiones de la naturaleza humana mencionadas y explicadas en nuestra investigación. Por ejemplo, en la dimensión corporal, respecto del *bien jurídico* "vida", el perfeccionamiento se traduce dualmente en la prohibición de matar y en la búsqueda de maximizar la salud de la persona, generando así, también dualmente, la configuración de un derecho (a la vida, a la salud) y una prohibición (no asesinar, no herir, no

lesionar, etc.). Aquel *derecho* sería relevante para el Derecho Constitucional y la *prohibición* lo sería para el Derecho Penal.

De este modo, el Derecho Natural es un derecho arraigado en la naturaleza humana (*physis*), la cual es una realidad de la persona humana a la cual es posible acceder racionalmente desde la Filosofía sólo a través de la antropología filosófica de tradición realista. A su vez, está compuesto de mandatos y prohibiciones de carácter ético que, en principio, obligan *en conciencia* a todas las personas, pues todas poseen la misma naturaleza humana (*physis*), y que tienen como justificación la promoción y el perfeccionamiento moral de la persona humana (como *apertura* y *ser perfeccionador-perfectible*) para alcanzar la mejor *coexistencia* con sus semejantes, bajo la *lógica del don*.

En ese sentido, el Derecho Natural es superior a cualquier forma de Derecho Positivo, se trate de una norma contenida en la ley o en la jurisprudencia, puesto que éste carece por sí mismo de referente ético alguno que le permita orientarse. No obstante, muchas veces requiere el auxilio del Derecho Positivo para sea inteligible a todas las personas que conforman una *sociedad*.

Asimismo, en cuanto a la relación entre el Derecho Natural y el Derecho Penal, a la luz de lo expuesto conviene advertir que no es la dignidad de la naturaleza humana (*physis*) la que permitiría a la autoridad política legítima (el Estado a través de su sistema judicial) privar de la libertad o, incluso, ordenar dar muerte a alguien por cometer un delito altamente peligroso para la *sociedad*, sino la *esencia* de esa persona: por la dignidad de su naturaleza humana (*physis*) merece el respeto por parte de la *sociedad* y el Estado, pero por su *esencia*, el Estado, por encargo de la *sociedad*, la juzga y le impone una condena o *pena*. Es más, el Estado, como instrumento para la consecución del bien común, se encuentra en el deber moral grave de que ello sea así.

En esa línea argumentativa, la *esencia* degradada por actos socialmente relevantes, cometidos contra determinados bienes jurídicos, le facultaría al Estado proceder a juzgarla y a privarle de la libertad o, aun, condenar a esa persona a la pena de muerte, mientras que la *esencia* perfeccionada nos facultaría, a todos en conjunto, a premiarla. La dignidad de la naturaleza humana (*physis*) de *cada quien* solamente nos insta a respetar a una persona *a priori*, aún antes de conocerla, lo cual conecta perfectamente con el derecho de toda persona al honor y al debido proceso.

Consecuentemente, en ese sentido, la *esencia* de la persona conecta con la imputación penal: el Derecho Penal, por una parte, castiga a quien infringe el bien jurídico y la prohibición ética de vulnerarlo, y por otra, exige a los demás el deber de conjurar dicha vulneración, o intentar conjurarla lo más posible a quien esté en capacidad de ello (de ahí la existencia de los delitos de acción y de omisión). De acuerdo con ello, y con su propia naturaleza, el Derecho Penal castiga lo mínimo indispensable para asegurar la vigencia del bien que se encuentra en dicha exigencia ética. Es decir, el Derecho Penal no persigue la perfección ética entendida como promoción positiva del bien (*"haber obrado de la mejor manera haciéndolo"*), sino que la persigue entendiéndola como máximo evitamiento del mal (*"hacer lo mejor posible para que éste no se produzca"*).

En conclusión, podemos sostener que la naturaleza humana (*physis*) informa cómo debe ser la Ética y cómo debe ser el Derecho para que ambas puedan proteger y asegurar el perfeccionamiento de aquella (la naturaleza humana) y, por consiguiente, de la *persona*. Por consiguiente, si la concepción de naturaleza humana (*physis*) está simetrizada, y el propio concepto de *persona* también, sumado a un entendimiento de la ética también simetrizado, entonces, perdemos nuestra referencia al Bien y, con ello, la ética pierde, a su vez, su calidad de orientadora y se vuelve incapaz de ayudar al Derecho a perseguir y conseguir el Bien.

Finalmente, hemos mencionado que el Derecho Natural está impregnado de la *lógica del don* lo que conlleva necesariamente a apreciar el perfeccionamiento moral de la persona humana bajo una nueva óptica, aquella que considera la búsqueda del *diálogo* concebido como *amor donal*; es decir, el perfeccionamiento moral únicamente es posible en la *coexistencia*, en la *sociedad*, razón por la cual deberá ser entendido como *proyecto de bien común asentado en la persona humana*, por lo que resulta imprescindible desterrar con ello cualquier visión individualista, materialista, o hedonista del Derecho Natural, así como toda concepción de Derecho desprovista de contenido ético.

En síntesis, lo propio del hombre por su particular naturaleza humana (*physis*) es su capacidad para amar y para el *amor-donal*, con lo cual cabría señalarse que todo el Derecho Natural podría englobarse en una sola norma fundamental natural válida para todos nosotros y que nos obligaría en conciencia; por tanto, sería muy superior al aforismo *"Haz el Bien, evita el mal"*, por ser, además, mucho más coherente con la antropología filosófica realistas que hemos expuesto, la misma que reconoce el *libre albedrío*, y que podría resumirse en: *"Ama al Otro"*.

Así, desde la antropología filosófica, es posible descubrir y deducir el contenido de verdad de la naturaleza humana, el cual constituye una realidad insoslayable para el derecho positivo, dentro del cual está comprendido el Derecho Penal. Es decir, la naturaleza humana es siempre la misma en todas las personas y en todos los tiempos.

En ese sentido, la antropología nos permite entender la naturaleza humana como *apertura*, lo cual implica un entendimiento de la persona como coexistencia y nos abre al plano de la sociedad, tal como hemos expuesto en el segundo capítulo de la presente investigación. De esta manera, *las personas* coexisten entre ellas en tal grado de intensidad que es posible afirmar que son esencialmente sociales; es decir, que *la* y *en la* sociedad debe favorecerse el

mejoramiento de cada persona. Consideramos que ello es compatible con la visión acerca de la función de orientación de la vida social que atribuía Welzel al Derecho Penal.

De tal modo, en la dimensión social, en la *coexistencia*, el hombre tiene oportunidad y debe perfeccionarse moralmente; no obstante, ello también requiere que la sociedad sea y le proporcione un ambiente adecuado para tal finalidad, por lo que el hombre deberá recurrir al diálogo, el mismo que tiene como elemento fundamental a la dignidad de la naturaleza humana. Sin el respeto hacia la dignidad de la naturaleza humana, simplemente no es posible la coexistencia. Garantizar su protección es lo directamente debido de cada persona, en tanto que existe como tal.

Debemos enfatizar que, desde nuestra comprensión, el diálogo no es sinónimo de consenso. Si bien ambos encierran una idea de acuerdo, la idea de consenso denota el acuerdo como resultado logrado a través de la renuncia o cesión mutua en la búsqueda de una suerte de *mínimo común múltiplo* ya no matemático, sino ético.

Por su parte, el *diálogo* denota la existencia de un proyecto común que tal vez originalmente pudo haber sido elaborado por un grupo social o una élite, pero que otros también han hecho suyo, y ello porque *los otros* se ven reconocidos en dicho proyecto, lo que únicamente puede tener sentido si el proyecto común es explicitación de una síntesis que posee una fuerza de verdad que aumenta conforme va incorporando al *otro*; esto es, siempre y cuando permita encontrar en el *otro* el *logos* que favorezca el enriquecimiento del proyecto común; de lo contrario, el agregar al *otro* solamente comportaría una degradación de este proyecto común. Por ello, podemos afirmar que el acuerdo en el diálogo se da de forma parecida a la búsqueda de un *máximo común divisor ético*.

En este contexto, el Derecho Penal se erige no únicamente como instrumento de represión social, sino como instrumento moral desde el momento en que el diálogo fracasa o

corre el riesgo de fracasar mediante la efectiva o inminente comisión de un delito. A ello debemos agregar y enfatizar que el Derecho Penal reprime aquellos actos que tienen una valoración social negativa; es decir, actos que tienen una manifestación en el ámbito de lo social, dejando de lado los que se quedan en la esfera de la mera intimidad personal.

En otras palabras, el Derecho Penal desempeña una función moral a través de la represión social de aquellos actos sociales cuya valoración es negativa dado que es contraria a la naturaleza humana o intenta quebrantar el orden axiológico o ético - social asentado en ella y que, al mismo tiempo, constituye el principio normativo supremo de todo ordenamiento jurídico y fuente última de su legitimidad.

A partir de esta afirmación, podemos concordar con Welzel en el sentido de que el Derecho Natural, más allá de sus implicancias jurídicas, constituye un arma de lucha política. Tradicionalmente, quien definía el significado de la naturaleza humana lograba sobreponerse a cualquier otro argumento jurídico; lo cual implícitamente implicaba asumir el reconocimiento de la naturaleza humana como una suerte de verdad total o absoluta; de ahí que la manipulación del significado de naturaleza humana constituya en sí misma un acto de puro poder, pues supone un grave riesgo para la misma persona humana.

Por ese motivo, es menester destacar la relevancia de definir la naturaleza humana conforme a lo expuesto en el segundo capítulo; de tal modo que permite garantizar que el Derecho sea instrumento al servicio de la defensa del orden axiológico basado en la naturaleza humana.

Lógicamente, al exponer este punto de vista estamos confirmando este extremo de la tesis de Welzel: la comprensión del Derecho Natural como arma de lucha política. Efectivamente, todo Derecho supone previamente un orden político establecido. Sin embargo, debemos apostar por la defensa de aquel Derecho más ajustado a la realidad; a la verdad,

entendida como la correspondencia entre lo extramental y lo que se piensa de él, la cual también tiene vinculación con el significado de diálogo, tal como lo hemos mencionado, toda vez que la verdad puede también ser abarcada como *emeth,* confianza que nos remite a la idea de fidelidad de una persona hacia el otro, la que solamente puede ser producida por la existencia de verdad. Toda coexistencia requiere el reconocimiento de la dignidad de la naturaleza humana de cada persona.

Desde nuestra visión, creemos que es necesario hacer hincapié en la importancia radical de la verdad en todo sistema jurídico; más aún cuando en los últimos años percibimos una creciente apelación a la verdad en nuestros sistemas judiciales. Ciertamente, consideramos que la presente discusión podría contribuir a la profundización del estudio del denominado "derecho a la verdad", considerado como un genuino derecho fundamental y cuyas implicancias trascienden el ámbito de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional y que hoy en día llegan hasta el propio Derecho Penal interno, tal como podemos verificar al observar cómo ha pasado de ser aplicado exclusivamente en el campo de las denuncias referidas a desapariciones forzadas, a serlo en el campo de los procesos de colaboración eficaz en el marco de procesos judiciales referidos a grandes casos de delitos de corrupción de funcionarios.

Por su parte, respecto a las conclusiones referidas al Derecho Penal, tenemos:

La dignidad de la naturaleza humana es la fuente de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, los cuales pueden ser personales o sociales. Dichos bienes tienen carácter jurídico o, mejor dicho, son susceptibles de merecer protección jurídica, toda vez que conforman lo que *es debido* para la persona; de lo contrario, ésta no solamente corre el riesgo de no perfeccionarse, sino también de que su propia existencia se encuentre seriamente amenazada.

Efectivamente, los bienes jurídicos personales son aquellos que se desprenden directamente de la dimensión corpórea o espiritual de la naturaleza humana, o incluso de toda la persona. Por ejemplo, la vida, la salud, la integridad física, la libertad, etc. En cambio, los bienes jurídicos sociales son aquellos que las personas "crean" (instituciones, estructuras, etc.) para favorecer la permanencia y estabilidad de la sociedad, vista como estatuto que favorece la coexistencia entre ellas, tales como la administración pública, el orden financiero, etc.

De esta manera, los bienes jurídicos personales poseen mayor jerarquía que los sociales, puesto que poseen carácter permanente y necesario, por lo que conforman la dimensión estática del Derecho Penal, mientras que los sociales son de carácter variable y contingente, por lo que conforman la dimensión dinámica de aquel.

Sin embargo, ambas clases de bienes jurídicos merecen ser protegidos en tanto y en cuanto tienen como fundamento común a la dignidad de la naturaleza humana. Para conseguirlo, es necesario que dichos bienes estén contenidos en una axiología, la cual, a su vez, sea incorporada en el Derecho Positivo, pues es lo que le da sentido y orientación. Sólo así, y únicamente admitiendo la relevancia y las consecuencias jurídicas de la dignidad humana y de los bienes que se desprenden de ella pueden explicar el origen del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, por parte del Derecho Positivo.

Además, los bienes jurídicos desempeñan una triple función respecto a la norma penal: a) como puntos de referencia para la correcta delimitación y tipificación de la conducta delictiva o criminal; b) como criterio de orientación para su correcta interpretación; y c) como fuente de su propia legitimación.

Ahora bien, en cuanto a la validez de la norma penal, ésta puede puede comprenderse en dos dimensiones inseparables: la validez natural, cuyo criterio de valoración es la dignidad

de la naturaleza humana (*physis*) y la validez positiva, cuyo criterio de valoración son los procedimientos formales establecidos por ley

La vigencia de la norma penal está relacionada con el reconocimiento, por parte de sus destinatarios, de que dicha norma es obligatoria. No obstante, esta vigencia, al depender del reconocimiento social es susceptible de ser confundida con la fuente de validez de la propia norma penal y, subsecuentemente, de que dicho reconocimiento social se vuelva en fuente de Derecho susceptible de ir en contradicción con la naturaleza humana. De esta manera, podríamos afirmar que asentar la validez del Derecho principalmente en el reconocimiento social conlleva a su degeneración como puro poder.

Debemos indicar que el reconocimiento social pertenece al plano de la coexistencia de la que habla Polo. Sin embargo, si buscamos que el Derecho Penal cumpla una función de orientación de la vida social, y que ésta sea acorde a la verdad de quién es el hombre, necesita estar vinculado a la antropología realista, la cual rescate el valor del concepto de la naturaleza humana. La inclusión de la naturaleza humana dentro de un marco teórico jurídico no constituye un mero ornamento intelectual. Todo lo contrario, permite la argumentación racional en favor de la dignidad de la persona humana, idea muy difundida o aceptada pero poco sustentada.

Asimismo, otra ventaja de la naturaleza humana está relacionada con la suprema fuente de normatividad capaz de dar sentido, en última instancia, a la función de orientación de la vida social desempeñada por el Derecho Penal. Así, solamente la verdad de la dignidad de la naturaleza humana obliga a la norma penal y determina su configuración, así como permite la delimitación de los contornos de su contenido ético que lo hacen distinguir de la arbitrariedad.

La norma penal presupone necesariamente al Derecho Natural, por lo que es imposible imaginarla escindida de éste.

Finalmente, la norma penal justa sería aquella resultante de la interacción de estos tres elementos: la adecuación respecto al Derecho Natural (justicia), la validez formal (conformidad a procedimientos), mientras que el reconocimiento de su obligatoriedad por parte de sus destinatarios estaría vinculado más a su grado de cumplimiento dentro de la sociedad.

En consecuencia, adicionalmente, podríamos sugerir que, gracias al concepto de naturaleza humana, el derecho penal justa se reconfigura como poder ordenador bajo la lógica de *"obligo, ergo protego"*; de tal forma que ya la sola existencia de la dignidad de la naturaleza humana posee carácter normativo para la propia norma penal, cuya vigencia (o grado de ésta) no logra afectar. Por el contrario, la vigencia está relacionada al reforzamiento de la normatividad de esa misma norma penal, y viceversa, el decaimiento de la vigencia incide en el debilitamiento de la consciencia del sentido de su obligatoriedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTHAM, Jeremy. Principles of the Civil Code. Part 1: Objectives of the Civil Law. Disponible en: https://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/index.html.

COTTA, Sergio. Perche´la violenza? Una interpretazione filosófica. Japadre Editore – L´Aquila, Roma, 1998.

DONNA, Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al Positivismo y al Nacionalsocialismo. En: CEREZO MIR, José. Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Primera Edición. Rubinzal Cuizini Editores, Buenos Aires, 2005.

DÛR, Ernst et Al. La economía social de mercado. Un proyecto económico y político alternativo. CIEDLA, Buenos Aires, 1983.

FUKUYAMA, Francis. El fin de la historia y el último hombre. Editorial Planeta, Barcelona, 1992.

GARCÍA, Percy. La relación de conexidad en el Hábeas Corpus conexo. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_05.pdf.

LANDA, César. La Constitucionalización del Derecho Procesal Penal. El nuevo código procesal penal peruano en perspectiva. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592/16041.

MIRÓ, Fernando. La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva. Pp. 11-53. En: MIRÓ, Fernando. La imputación penal a debate: una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva de Jakobs. Ara Editores, Lima, 2010.

POLAINO, Miguel. Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes? Pp.31-55. En: JAKOBS, Günter. Bien jurídico, Vigencia

de la norma y Daño Social. Colección Dogmática Penal Nª2. Primera Edición, Ara Editores, Lima, 2010.

POLAINO, ORTS, Miguel. Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. Pp.58-111. En: JAKOBS, Günter. Bien jurídico, Vigencia de la norma y Daño Social. Colección Dogmática Penal Nª2. Primera Edición, Ara Editores, Lima, 2010.

POLAINO – ORTS, Miguel. ¿Comunicación versus coacción? Consideraciones críticas sobre la pretendida escisión de la función de la pena. Pp.113-149. En: JAKOBS, Günter. Bien jurídico, Vigencia de la norma y Daño Social. Colección Dogmática Penal Nª2. Primera Edición, Ara Editores, Lima, 2010.

POLO, Leonardo. Antropología Trascendental. Tomo I: La persona humana. EUNSA, Navarra, 2003.

POLO, Leonardo. La libertad trascendental. Edición, prólogo y notas de Rafael Corazón. Cuadernos de Anuario Filosófico – Serie Universitaria. Nº178. Departamento de Filosofía. Universidad de Navarra, Pamplona, 2005.

POLO, Leonardo. Lecciones de ética. EUNSA, Navarra, 2013.

POLO, Leonardo. Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos. Segunda edición. AEDIS, Unión Editorial, Madrid, 1997.

POLO, Leonardo. ¿Qué es el hombre? Un espíritu en el mundo. Ediciones RIALP, Madrid, 1993.

SCHMITT, Carl. Los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica. Estudio preliminar, traducción y notas de Monserrat Herrero. Tecnos, Madrid, 1996.

VINCES, Octavio. Una sociedad poco juridificada inhibe la actividad humana. Entrevista a Leonardo Polo. En: Revista Ius et Veritas. pp. 22 – 24. Disponible en internet: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15308/15769

WELZEL, Hans. Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. Biblioteca jurídica Aguilar.

WELZEL, Hans. Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.

WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

WELZEL, Hans. Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Editorial B de F, Buenos Aires, 2003.

WELZEL, Hans. Derecho Alemán. 3era edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.