

# A PROPÓSITO DE LA ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD EN HANS WELZEL \*

## ABOUT THE ETHICS OF RESPONSIBILITY AT HANS WELZEL

**Paolo Pollice**

Prof. Ordinario en la Università Federico II di Napoli.

**César Edwin Moreno More (Tradutor)**

Máster en Derecho Privado Europeo, Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia: Reggio Calabria, Calabria, IT.  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7412-9240>. E-mail: cesar.ed.moreno@gmail.com.

---

**Sumario:** **1** Hans Welzel entre pasado y presente: un viraje dogmático – **2** Ética y responsabilidad: un tema común a los distintos sectores de la ciencia jurídica – **3** La dimensión científica de Hans Welzel: la «teoría finalista» – **4** El problema de la separación entre derecho y moral – **5** En el Estado nacionalsocialista el derecho corresponde a la moral, es decir, al sentimiento del pueblo alemán – **6** Continuidad y discontinuidad en la experiencia jurídica: el nacionalsocialismo como «paréntesis» de la historia alemana – **7** El derecho como técnica y el derecho como expresión de una ideología. La influencia de la ideología nacionalsocialista en el derecho privado: nuevas instituciones y modelos. El problema de su reutilización en el Estado democrático – **8** Ética de la responsabilidad y autonomía del individuo (la libertad de la voluntad). El horizonte cultural de Welzel y la referencia a Meinecke – **9** (Continúa): La raíz de la libertad moral de los hombres está en el Cristianismo. Crítica a la teoría schmittiana del amigo-enemigo y a la contra-ética de la obediencia a la que está sometida la «masa de los homologados» – **10** Tecnología y libertad de autodeterminarse

---

*¿Después de Weimar qué?  
¡Mientras tanto, Weimar!  
(Otto Kirchheimer)*

**1** El objeto del presente trabajo es un breve ensayo de Hans Welzel publicado en 1947 en la *Süddeutsche Juristen-Zeitung*,<sup>1</sup> con el título «*Sobre los fundamentos*

---

<sup>1</sup> La *Süddeutsche Juristen-Zeitung* (SJZ) fue publicada desde 1946 hasta 1950, en las zonas sometidas a las autoridades norteamericanas y británicas de ocupación. En 1951 tomó el nombre de *Juristen-Zeitung* (JZ). La revista, en su corta vida editorial, publicó ensayos de gran importancia y aún hoy de viva actualidad. En 1946 se publicó el célebre artículo de Gustav Radbruch –el filósofo del derecho alemán del siglo XX más

éticos del ordenamiento social» (Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung), relativo a la ética de la responsabilidad. Al aproximarme a este ensayo, de inmediato tuve la impresión de encontrarme ante las premisas de un «viraje dogmático» de la biografía intelectual de su autor, representado por la superación del dualismo metódico de *ser y deber*, a través de la búsqueda del «contenido material del derecho» (la *naturaleza de las cosas*, luego, con fórmula equivalente, la *naturaleza de los hechos*), es decir, de los caracteres empíricos presentes en los hechos sociales observables en términos descriptivos y no en la perspectiva meta-empírica propia del iusnaturalismo.<sup>2</sup> Estamos ante la presencia –como advierte Arthur Kaufmann– de un concepto, la «*naturaleza de la cosa*», que sirve a Welzel para encontrar una tercera vía entre derecho natural y positivismo de la ley. En realidad, este concepto es una fórmula que se presta a interpretaciones con diversas acepciones –de hecho, la encontramos en esta variedad de significados en los escritos de Radbruch (pero él la entiende como «*fuerza del pensamiento*» y no como «*fuerza del derecho*»), Baratta, Engisch, Hassemer, Maihofer, Schambeck, Tammelo, Reinach y Gerhart Husserl– allí donde en la reconstrucción de Welzel se habla de ella como de un «*estereotipo afín*» a la «*estructura lógica de las cosas*».<sup>3</sup>

**2** A manera de premisa, permítasenos recordar que el tema de la ética de la responsabilidad presenta una simbolización primaria, en el sentido que encuentra ubicación en un *allgemeiner Kern*, o núcleo común, entre diversos sectores del derecho y, entre estos también, en el régimen de las relaciones privadas, bajo el aspecto tanto de las libertades individuales (vale decir, la autonomía privada y el consensualismo), como de los criterios de calificación de la conducta individual, a los fines de la imputación de la responsabilidad (civil). Estos últimos se manifiestan, en especial en el área delineada por el art. 2043 de nuestro código civil <sup>4</sup>(NT), con el criterio del dolo o de la culpa: categorías marcadas de manera

conocido en el panorama internacional– que lleva por título *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (en SJZ, 1946, n. 5, pp. 105 ss.); así como los ensayos de Adolf Arndt, 1946, 2 y de Franz Böhn, 1946, 6 que representan contribuciones fundamentales a la definición del marco normativo necesario y suficiente para garantizar la confrontación entre las fuerzas del mercado [el primero a favor del modelo de la «*democracia social*»; el segundo a favor del de la «*democracia neoliberal*» (el ordoliberalismo)]. En 1947, el ensayo de Welzel fue introducido en un fascículo dedicado a las relaciones entre derecho penal y la filosofía (pp. 141 ss.).

<sup>2</sup> Una exposición completa de la concepción referida en el texto se encuentra en Welzel H., (1951)-1965, en esp. pp. 359 ss.; Larenz K., (1960)-1966, pp. 187 ss.; Radbruch G., 1941, pp. 145 ss. Para un análisis de esta teoría en Italia, véase Baratta A., 1970, pp. 315 ss.; Asquini A., 1921, pp. 129 ss.; Bobbio N., 1965, pp. 197 ss.; Omaggio V., 2006, p. 7759.

<sup>3</sup> Kaufmann Arthur, 2003 (Presentación de Giovanni Marino), pp. 138 ss. La referencia a la *estructura lógica de las cosas* parece estar influenciada por el concepto de «*racionalidad material*» (es decir, determinada mediante un perfil metódico de contenido, en contra a la tendencia a la abstracción) de Weber M., (1922)-1961.

<sup>4</sup> (NT) Art. 2043 del código civil italiano: *Resarcimiento por hecho ilícito*.- Todo hecho doloso o culposo que cause un daño injusto a otro, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

trascendental por la idea de libertad de la voluntad, la *Willensfreiheit*, que ha caracterizado la *Weltanschauung* general de los penalistas a partir de von Lizst.<sup>5</sup>

Carlo Castronovo, un civilista entre los más grandes y autorizados estudiosos de la materia en Europa, observa que originariamente la responsabilidad civil fue concebida como responsabilidad por culpa y se sitúa en el terreno moral, como otro modo de ser de la responsabilidad penal. En la responsabilidad civil, sin duda alguna, se da actuación a una *justicia conmutativa*, «sin embargo, no con relación al agente por lo que ha hecho, sino con relación a la víctima por el déficit a recuperar».<sup>6</sup> La responsabilidad civil conoce, luego, una responsabilidad objetiva que prescinde de la conducta antijurídica y que, de cualquier modo, es ajena al derecho penal, que presenta una vocación natural hacia reglas calificadoras de conductas humanas. Más recientemente, en el campo del derecho privado –aun cuando en ámbitos restringidos– se habla de una responsabilidad punitiva, pero no toda la doctrina está de acuerdo con dicha calificación, diversa de la tradicional que afirma su carácter patrimonial con función reintegradora.<sup>7</sup>

Por otra parte, es inherente al estatuto epistemológico del civilista el preguntarse por los principios constitutivos del fenómeno jurídico y, por ende, por sus categorías fundamentales: el sujeto; el comportamiento individual y su régimen, es decir, el valor del obrar; y por último, por la *imputación* del resultado (*Zurechnung*).<sup>8</sup> Empero, se entiende perfectamente que en el derecho privado es necesario prestar mucha atención cuando se utiliza la sistemática de proveniencia publicista (en especial, de la penalista) para evitar el riesgo de agrupar fenómenos profundamente heterogéneos. Podemos encontrar el antecedente lógico de dichos peligros en la ambigüedad de la noción de «hecho», cuyo valor es buscado por el jurista, y que en el derecho privado es expresión de un momento que precede al reconocimiento del poder de disposición que acompaña y/o se devela a través de la legitimación: concepto, que a pesar de ser muy oscuro e incierto,<sup>9</sup> presupone y fija el derecho de titularidad del disponente. Poder, entre otras cosas, transcrito en

<sup>5</sup> Weber M., (1922)-1961.

<sup>6</sup> Castronovo C., 2018, p. 19. En esta sede no es posible hacer referencia al tema de la responsabilidad en el ámbito del derecho civil, debido a la amplitud de las cuestiones presentes y por las numerosas y significativas contribuciones que se han dado a la materia. Una reflexión profunda sobre las dificultades y la complejidad de la materia se encuentra en Barcellona M. 2000, pp. 401 ss.

<sup>7</sup> Castronovo C., 2008, pp. 315-347.

<sup>8</sup> Véase Kelsen H., (1934)-1966, p. 94, que traza así el concepto de imputación «[...] *se designa como imputación a la vinculación entre condición y consecuencia expresada con el término deber ser* [...]». Para la construcción de una verdadera y propia *Zurechnungstheorie*, véase la vasta producción de Hruschka J., 1976. En Italia, en especial entre los estudiosos del derecho comercial, cfr. Ferro Luzzi P., 1971, pp. 146 ss.; Spada P., 1974, pp. 165 ss.

<sup>9</sup> Betti E., 1955, pp. 225 ss., es un tenaz defensor de este concepto, quien habla de presupuesto objetivo-subjetivo del negocio. Sin embargo, se tiene la impresión de que sea un concepto totalmente análogo al del poder de disposición.

términos de derecho subjetivo y, por lo general, entendido como causa inmediata o esencial de los efectos jurídicos.

Si no nos engañamos, en el derecho penal (me atrevería a decir, con las debidas prudencias y cautelas, en una teoría general del ilícito, si configurable fuera de las particiones tradicionales) el centro de gravedad del hecho es percibido en clave normativa como transgresión de una «obligación» o de un «deber», cuyo efecto último, además de la calificación, es la sanción; allí donde en el derecho privado el hecho se articula en base a la primacía del «derecho» o del «poder», del que deriva el acto y la relación. Estamos en presencia, en la óptica de la ciencia penalista, de una noción de hecho objetivada y jurídicamente caracterizada, de manera que no sea meramente material, que se traduce directamente en términos de imputación.<sup>10</sup> Desde dicha perspectiva, dolo y culpa constituyen, en términos de evidencia, la tipicidad del hecho inculcado, indican por ende el modelo legal del hecho que por sí mismo constituye la base de un juicio de peligrosidad o de culpabilidad.<sup>11</sup>

La distinción que acabamos de realizar –no está de más precisar– no tiene pretensión sistemática, en la medida en que asume una perspectiva más sintomática que respondiente a una razón analítica ordenada, limitándose más bien a la contemplación de las situaciones efectuales (sanción, acto, relación) como índice de la valoración de los comportamientos individuales susceptibles de calificación en términos de *obligatoriedad (Sollen)* o de *permisión (Dürfen)*.

**3** Desearía brindar brevemente algunas indicaciones sobre la personalidad y pensamiento científico de Hans Welzel (1904-1977) en los límites del tema que nos proponemos tratar.

Fue un filósofo del derecho cuyos estudios caracterizaron de manera particularmente intensa a la dogmática penalista.<sup>12</sup> De hecho, su doctrina

<sup>10</sup> Véase Donini M., 1991, pp. VII-VIII, según quien: «el modelo teórico del hecho ya no será construido sobre la estructura del nexo de condicionamiento lógico-naturalista entre conducta y evento, porque este requisito mínimo de imputación hoy solo es necesario pero totalmente insuficiente para fundar la responsabilidad por hecho propio... Si el "hecho", de elemento objetivo-material que era, se convierte en humanista, como tal gobernado y condicionado en su estructura por el dolo y la culpa para poder resultar penalmente típico (y ofensivo), la culpabilidad tampoco será simplemente el sinónimo del elemento subjetivo, sino que brindará la dimensión cultural y semántica de la personalización del juicio sobre el autor en relación a su hecho propio, además del requisito obvio de la comisión "presupuesta" del hecho de manera intencional o inobservante de cautelas». Cfr. Santamaría D., 1961.

<sup>11</sup> Santamaría D., 1960, p. 651 ss.

<sup>12</sup> Las contribuciones científicas de Welzel más conocidas son los *Studien zum System des Strafrecht* de 1939, ahora reunidos en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín-New York, 1975; la disertación para la habilitación a la docencia que lleva por título «*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*» de 1935 y, en continuidad ideal con esta, «*Naturrechte und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*» de 1951 que ha tenido sucesivas ediciones y que incluso fue traducido al italiano (*Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., Milán 1965). Son de gran interés para una reconstrucción crítica del pensamiento de Welzel, las actas del Congreso celebrado en Friburgo de Brisgovia del 10 al 12 de abril de 2014 publicadas en Italia con el título *Hans Welzel nella prospettiva*

«*finalista*» influyó ampliamente en la jurisprudencia penal alemana después del fin del nacionalsocialismo y, sin duda alguna, hasta la década del sesenta del siglo pasado.<sup>13</sup> Sin embargo, no se debe pensar que Welzel solo es conocido por la historia de la ciencia jurídica como teórico del derecho penal, propulsor de nuevas ideas y exigencias de política criminal y reformador del derecho penal.<sup>14</sup> En realidad, él también fue portador de convicciones e ideas que influyeron en la filosofía y, luego, en la teoría del Estado. En esta, el derecho, como ordenamiento supraindividual, es considerado, en una perspectiva que registra amplio consenso, como destinado a garantizar la existencia y la conservación, así como la tutela de los consociados que confiaron en dicho ordenamiento.<sup>15</sup> En este sentido, la normación del derecho penal cumple un rol fundamental para la protección del Estado y, para decirlo paradójicamente con Schmitt, «*del interés de todo el pueblo*».<sup>16</sup>

---

*attuale. Fondamenti filosofici sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, (al cuidado de Pawlik M. y Cornacchia L.), Nápoles, 2015.

<sup>13</sup> Luego de la década del sesenta del siglo pasado, se desarrollaron significativas críticas respecto a la construcción de Welzel. Véase, al respecto, Kaufmann A., 1976. En realidad, la oposición a Welzel se manifestó con el «*Proyecto alternativo de la parte general del código penal*» (*Alternativ-Entwurf eines StGb-AE 1966*), por obra de la iniciativa privada de 14 docentes universitarios alemanes y suizos. Específicamente: Baumann, Brauneck, Hanack, Kaufmann, Klug, Lampe, Lenckner, Maihofer, Roxin, Schmitt, Stratenwerth y Stree, docentes universitarios alemanes; Schultz y Noll, docentes universitarios suizos.

En cualquier caso, el mayor legado del finalismo a la ciencia penalista se percibe en la función tipificadora del dolo y la culpa, como categorías que contribuyen a determinar el significado social del hecho a los fines del juicio de tipicidad. Santamaría D., (1955)-1996, pp. 29 ss.

<sup>14</sup> En efecto, Welzel estuvo presente en las diversas comisiones que se ocuparon de la reforma del derecho penal, luego de la caída del nazi-fascismo y luego de que la Comisión aliada de control pusiera las primeras bases de la obra de *Denazifizierung* de la legislación alemana, reconduciéndose bien a la legislación de la República de Weimar, bien aboliendo muchas disposiciones que se remontan a la época del régimen nacionalsocialista. En 1962 el Ministro de Justicia (Thomas Dehler) nombró una Comisión para la redacción de un proyecto de reforma (Entwurf 1962). Dicho proyecto jamás se convirtió en ley, pero puede ser considerado como una etapa fundamental porque influyó profundamente en la actual configuración del código penal. Véase sobre el argumento Moccia S., *Politica Criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Nápoles, 1984. El proyecto de 1962 abrió un debate científico y político que inmediatamente dio muestras de un cambio en la actitud social y política. La doctrina criticó las elecciones específicas del proyecto, rechazando también las tendencias de fondo: a este se le reprochó haber desestimado la satisfacción de las instancias de resocialización, en nombre de un planteamiento ético-retributivo obsoleto. Al respecto, cfr. Roxin C., 1968, p. 85 quien habla de «*archaische Vergeltungsrigorismus*».

<sup>15</sup> Se trata de un rápido esbozo, en la medida en que hablar de la teoría del Estado es un tema realmente muy complicado. Podemos recordar la fundamental posición de Kelsen H., 1925, p. 16, a tenor de la cual el Estado es por su propia esencia un sistema de normas o la expresión para la unidad de un sistema como tal; por ende, el Estado como orden no puede ser más que orden jurídico o expresión de su unidad. Muy fuerte es la crítica al formalismo kelseniano de Schmitt C., (1933)-1935, p. 23, quien sostiene que el normativismo abstracto vacía al derecho de sus contenidos concretos, terminando por entregar el Estado a las manos de la liberaldemocracia y, por ende, de «*una sociedad a-estatal*». Por el contrario, el *konkrete Ordnung* no se debe aislar de su historia, ni necesita traducirse en una voluntad soberana (*Führertum*). El paradigma es el del medioevo alemán [Idem, (1934)-2002].

<sup>16</sup> Schmitt C., *op. ult. cit.* Se trata de un escrito que pertenece a la fase nazista del pensamiento de Schmitt. Más adelante, precisaremos mejor el punto. Es cierto que este autor –que es un jurista y ciertamente no un politólogo– influyó de manera significativa a muchos estudiosos de derecho constitucional en el

El finalismo es una filosofía que tiene raíces muy antiguas y que hace propio el concepto aristotélico de *obrar en vista del fin*. Se considera que el finalismo de Welzel deriva, en especial, del sistema filosófico de Nicolai Hartmann.<sup>17</sup> No obstante, el interesado contesta esta ascendencia, a la que atribuye un rol secundario.<sup>18</sup> En efecto, afirma que las ideas que le permitieron formular la doctrina finalista de la acción no provenían de Hartmann, sino del filósofo Richard Höningwald,<sup>19</sup> así como de la lectura de los trabajos de varios psicólogos. Con respecto a las relaciones con Hartmann, precisa que *«El análisis, de poca claridad, de la estructura de la acción en la “Ethik” de N. Hartmann y en su “Problem des geistigen Seins” me llevó a formular nuevamente mi pensamiento en mi libro sobre “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht” (1935) y a utilizar el término más familiar “Finalität” en lugar de la rígida expresión “Sinnintentionalität”. No obstante, al mismo tiempo remarqué que la ley estructural de la “Sinnintentionalität” seguía siendo la base fundamental de la “Finalität”»*.<sup>20</sup>

---

mundo. Es singular constatar –lo refiere Taubes J., 1996, p. 30– cómo en 1949, el entonces ministro de justicia de Israel, pidió a la biblioteca de la Universidad Hebrea de Jerusalén poder consultar la *Doctrina de la constitución* de Schmitt.

<sup>17</sup> En este sentido Bacigalupo E., 2005, pp. 64-65. También remarca la influencia del pensamiento de Hartmann, Latagliata R., 1991, pp. 284 ss. El pensamiento de Nicolai Hartmann es conocido como el de la «nueva ontología» (o del renacimiento de la teoría del ser). Cfr. Hartmann N., 1963. Se trata de un pensador anticonformista que representa un crítico resuelto del pensamiento «manipulativo» al que él reconduce tanto la ontología fenomenológica de Martin Heidegger, como el pragmatismo y el neopositivismo. El mismo Heidegger no perdió ocasión de polemizar con los resultados de la investigación de Hartmann, criticándola duramente durante cursos y conferencias. Para una reconstrucción de la dimensión teórica de esta hostilidad, véase Tertullian, 2003, pp. 663-698 (en esp. pp. 685-686); D’Anna G., 2009. Por otra parte, la introducción del finalismo en la cultura jurídica italiana se debe a la filosofía de la acción de Capograssi (Moccia S., 2007, p. 45).

<sup>18</sup> Welzel H., 1961.

<sup>19</sup> Höningwald R., 1921. Se trata de un médico-filósofo de origen hebreo, fundador de la escuela neokantiana de Breslavia, ligado a Herman Cohen, Ernst Cassirer y Richard Kronen, todas personas objeto de los famosos reportes de Heidegger contra la «judaización» de las Universidades alemanas.

<sup>20</sup> Esta precisión de Welzel presenta cierta ambigüedad, porque en absoluto es claro el por qué elige –en 1961, es decir, luego de la época del nacionalsocialismo– como inspirador de su teoría finalista de la acción, a un filósofo hebreo y neokantiano (es decir, muy lejano de su pensamiento) como Richard Höningwald, que luego de una estancia en Dachau, debió escapar a los Estados Unidos, en lugar de Nicolai Hartmann, a quien asigna un rol bastante marginal. La verdad es que, en aquella época, el modelo de Hartmann era poco compatible con la ideología nacionalsocialista, en la medida en que define –en la tercera parte de su *Ética*, relativa a la metafísica de las costumbres, en un capítulo titulado «*La ley ontológica como base de la libertad*»– la idea de la libertad del hombre y de su ética subjetiva como libertad de determinación. Además, Hartmann invoca la idea de la estratificación de la realidad en la que la libertad se determina como «*independencia en la dependencia*» de la voluntad humana, finalísticamente orientada. Cfr. Hartmann N., (1949)-1972, vol III, pp. 51-86. Se debe considerar que incluso sucesivamente, en los ambientes conservadores y anticomunistas de la República Federal Alemana, la invocación a la filosofía de N. Hartmann es discutible, en la medida en que funda, aun cuando en clave crítica, el análisis lucácsiano, es decir, de un pensador marxista, sobre la «falsa consciencia» (Lukács G., 1967), que evidencia importantes elementos del rol del capitalismo y de las instituciones en la «*manipulación social*»; análisis que luego es repensado en *Ontología del ser social* (Idem, 1976). La ocasión se presta para hacer alusión a la crítica de Lukács al finalismo de Hartmann. La finalidad, es decir, la atribución de sentido, es una

Sea como fuere, es necesario recordar –evocando analogías gadamerianas entre hermenéutica histórico-filológica y hermenéutica jurídica<sup>21</sup> que en la Alemania Guillermina, en el *Streit* entre *Zivilisation* y *Kultur*, la idea de un finalismo de la voluntad mantenía, con la aspiración a una *paideia* totalizadora [la cultura clásica como fundación de sentido (*Sinnstiftung*) y remedio para la crisis de la civilización europea], un carácter fuertemente conservador,<sup>22</sup> y ejerció una influencia significativa sobre el pensamiento antidemocrático en Alemania<sup>23</sup> después de la Primera Guerra Mundial.

Con relación a los escritos de Welzel, yo partiría de los escritos juveniles, es decir, de la tesis de doctorado sobre la filosofía política de Pufendorf<sup>24</sup> y de la disertación para la habilitación a la docencia que lleva por título «*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*». En estos escritos, el Autor propone una idea del concepto de «comunidad» que no coincide con la sostenida por el nacionalsocialismo que, como es sabido, se caracteriza por la presencia de un deber de obediencia sin reserva alguna por parte del individuo, en tanto deber asumido hacia la comunidad nacional. Estos dos trabajos han hecho creer a algunos que había cierta «*distancia*» entre Welzel y la cultura nacionalsocialista.

Sin embargo, no es así.

---

categoría presente en el pensamiento de Aristóteles y Hegel, sin embargo, esta no pertenece ni a la naturaleza, ni a la historia, en la medida en que está destinada a dispersar en el tiempo su intensidad y a cambiar en alguna otra cosa.

<sup>21</sup> Gadamer H. G., 1986, 5ª ed., pp. 281 ss. Tonos ásperos contra esta perspectiva en Betti E., 1961, p. 39, quien sostiene que mientras la hermenéutica histórica solo tiene una función reconocitiva y contemplativa, la interpretación jurídica, en cambio, está preordinada a una función directiva de la conducta (como la teleológica).

<sup>22</sup> Cacciari M., 2019, pp. 8 n. 13, ss. Para un marco general (*Vollbild*) de lo que se ha indicado en el texto, véase Pasquali G., 1968 voll. II, quien, entre otras cosas, reúne ensayos sobre el espíritu alemán de la época (en especial, véase las páginas por la muerte de Ulrico von Williamowitz Moellendorf (vol. I), principal intérprete de la universalidad de la cultura clásica). Giorgio Pasquali no fue un jurista, pero en un artículo, reunido en las *Stravaganze quarte e supreme* de 1951, que lleva por título *Summum ius, summa iniuria* (II, pp. 336-40), brindó uno de los modelos de crítica textual más importantes de la historia jurídica.

<sup>23</sup> Cfr. Canfora L., 1979. Debemos recordar que en Alemana, con el fracaso de la revolución de 1848, el *Vormärz*, se cierra definitivamente toda perspectiva liberal en materia constitucional. Debemos tener en cuenta que la *Historische Rechtsschule* de Savigny y Puchta se propone elaborar una alternativa teórica al modelo francés del Estado, de la ciudadanía democrática, del derecho legislativo y codificado. Con su *Vom Beruf unserer Zeit*, Savigny se propone contrastar la abstracción y el universalismo de los principios de la Ilustración. Además, vinculando el Estado al *Volkgeist*, Savigny afirma que el derecho auténtico es el consuetudinario, mientras que el derecho legislativo no debería tener otra tarea que el de brindar un subsidio a la costumbre, disminuyendo la incerteza y la indeterminación. No es casualidad que Schmitt C. (1943-1944)-1996, p. 64 y p. 79, se refiriera a Savigny como el «*paradigma de la primera renuncia a la legalidad del Estado legislativo*». Análisis fuertemente crítico de dicha posición de Schmitt, en Bretone M., 2004., pp. 130 ss.

<sup>24</sup> Welzel H., 1928.

En efecto, la posición de Welzel cambia significativamente con dos escritos de 1937, muy conocidos por aquella época, en los que el autor manifiesta su plena adhesión a la tesis del nacionalsocialismo. Específicamente, en el primero (*Über die Ehre von Gemeinschaften*), sostiene el deber de fidelidad (honor) que cada individuo debe tener frente a la comunidad nacional caracterizada por los valores «*germanos*»; en el segundo (*Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels*), critica la idea hegeliana del Estado, en cuyo fundamento colocaría a una comunidad espiritual, es decir, no fundada en el vínculo de sangre, que entre otras cosas habría abierto el proceso de emancipación de los hebreos. Para Welzel «*La esencia de Hegel no es nuestra esencia*».

En 1937, Welzel recibe un importante elogio de Schaffstein –<sup>25</sup>penalista exponente de la Escuela de Kiel–<sup>26</sup> que ve en sus trabajos la superación de la concepción típicamente liberal del delito como violación de una norma y lesión de un bien jurídico, a favor de una visión alternativa del delito concebido en primer lugar como violación del ordenamiento de la comunidad. El mismo año, probablemente también a razón del elogio recibido, Welzel es nombrado profesor extraordinario en la Universidad de Gotinga, en donde en 1940 se convertirá en profesor ordinario.<sup>27</sup>

En 1940, Welzel publicará la Parte General de su Manual de Derecho Penal,<sup>28</sup> en el que sistematiza su doctrina finalista de la acción elaborada en sus escritos previos. El sistema es el definido como el del «doble aspecto», donde el delito no solo es violación de una norma, sino también distanciamiento interno y externo de los ordenamientos de la comunidad.

Para Welzel, la finalidad es una categoría de la acción humana, en el sentido que las prohibiciones y los mandatos de las normas jurídicas no se pueden referir a meros procesos causales, sino solo a acciones humanas gobernadas por una voluntad finalista, cuyo funcionamiento no es comparable a una relación de causalidad entre decisión y evento.<sup>29</sup> La acción humana debe ser interpretada en clave de adecuación –representada por un juicio de conformidad o disconformidad–

<sup>25</sup> Se trata de un profesor de Kiel de gran autoridad en el mundo académico y profundamente vinculado al nacionalsocialismo. Para sus obras véase Schaffstein F., 1935, pp. 108-142; Idem, 1936, pp. 70-114. Para este autor, el liberalismo, con su respeto reverencial a la libertad personal, socava la autoridad de las normas, disuelve los valores y los principios supraindividuales y, de este modo, termina por destruir al Estado. Cfr Dahm/Schaffstein, 1938, de donde con claridad emerge la consideración de que el liberalismo siempre ha sido considerado el peor enemigo del nacionalsocialismo. Sobre estos temas, véase también Larenz K., 1933; Idem, 1934, pp. 3-4.

<sup>26</sup> La *Kieler Schule*, (*Christian Albrechts Universität*) representaba una verdadera y propia forja de estudiosos nacionalsocialistas. Cfr. Dahm G. - Huber E. R. - Larenz K. - Michaelis K. - Schaffstein F. - Siebert W. (Hrsg.), 1992. Para el derecho penal, véase von Feldmüller-Báuerle B., 2010.

<sup>27</sup> Véase Kubiciel M., 2015, pp. 189 ss.

<sup>28</sup> Welzel H., 1940.

<sup>29</sup> Welzel H., (1931)-1975, pp. 14 ss.

a las expectativas de una norma de valoración. La no adecuación (en la práctica, la capacidad de perjudicar el orden social) es un desvalor de la acción que se traduce en antijuridicidad. La conducta característica, vale decir la tipicidad, se estructura sobre el dolo y la culpa, a los fines de la valoración del proceso de formación de la voluntad, donde cobra relevancia la representación del hecho y la consciencia de la ilicitud. De este modo, toma cuerpo la distinción entre comisión dolosa y culposa en la visión de una ética pública de la responsabilidad, que rechaza la tesis kantiana orientada a la intención y al valor de la obediencia a la ley en tanto imperativo categórico que vincula a la consciencia.

De este modo, se percibe el fundamento ontológico del pensamiento de Welzel, en la medida en que combate la pretensión propia del iuspositivismo de crear conceptos jurídicos completamente divorciados de las formas reales de la vida.<sup>30</sup> Desde esta perspectiva, Welzel critica la idea de un derecho penal orientado únicamente a la protección de bienes jurídicos, porque de este modo estaría destinado a remedios tardíos; siendo que, por el contrario, su tarea primaria debe tener un carácter ético-social, en el sentido de reforzar la propensión de los ciudadanos al respeto del derecho.

**4** Al proceder a la lectura del ensayo objeto de comentario, también he tenido la sensación de estar rozando un territorio más vasto que supera su contexto editorial originario y que no puede ser confinado dentro de los restringidos límites de un interés reservado únicamente a los cultores del derecho penal, ciencia a la que Welzel dio, como acabamos de ver, importantes contribuciones sistemáticas con su teoría finalista de la acción.<sup>31</sup> De aquí la necesidad de ubicar el ensayo de Welzel dentro de las temáticas que, después de la segunda guerra mundial, fueron debatidas por algunos intelectuales alemanes sobre su relación con el

<sup>30</sup> Welzel H., 1989, § 22 III, 166.

<sup>31</sup> En esta sede no es posible ilustrar analíticamente la teoría finalista de la acción, ni las repercusiones que esta tuvo en la dogmática italiana (por obra de la «*escuela napolitana*» de Dario Santamaria) ni en los países de lengua española. Para comprender su esencia, podemos hacer referencia a una significativa frase de Welzel, 1989, p. 33: «*Die "Finalität" oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht darauf, daß der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfange voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann. [...] Finale Tätigkeit ist ein bewußt vom Ziel her gelenktes Wirke*». Véase, además, Idem, 1951, pp. 1 ss.; Idem, 1952, pp. 31 ss. Para un encuadramiento general sobre la doctrina finalista en relación a las demás teorías de la acción, cfr. Roxin C., 1997, pp. 199 ss. y 233 ss.

El concepto de finalidad, aun cuando declinado según sus múltiples perspectivas conceptuales, a decir verdad, aparece en el pensamiento jurídico del siglo XIX en diversos sectores del derecho. Pensemos, por ejemplo, en la obra del segundo Rudolph von Jhering [para entendernos bien, el primero es el del ensayo *Unsere Aufgabe* (1857) en donde identifica en la *Konstruktion* la función principal de la jurisprudencia (*Begriffsjurisprudenz*)] que encuentra expresión en el *Der Zweck im Recht* (1877- 1883) con el que afirma que el creador del derecho es el fin inmanente a la vida misma de la sociedad, delineando así una concepción teleológica y pragmática del derecho, marcada por la idea de que la finalidad y el interés son las causas generadoras de las normas puestas por el legislador (*Interessenjurisprudenz*).

nacionalsocialismo, una suerte de segunda *Schuldfrage*, para usar un término weimariano. Era necesario indicar esto para estar en condiciones de entender en su verdadero espíritu este «documento» con el que, a manera de premisa, Welzel comienza el enfoque hacia la recomposición de su credo científico. No es nuestra tarea –*iuxta vires*– dar cuenta de los resultados finales de este proceso de renovación de su pensamiento, que mezcla premisas y razones sistémicas del derecho penal: una ciencia irreductiblemente vinculada al gobierno de la sociedad, en su dimensión constitucional (por consiguiente, política e ideológica) donde el ejercicio del poder está destinado a garantizar, en una sociedad democrática, la doble vertiente de los derechos y libertades de los sujetos según elecciones de civilización y de garantía.<sup>32</sup>

Esta separación entre premisa y resultados finales causa perplejidad al jurista ligado a la dimensión empírica de las leyes y lo hace poco propenso a la tentación iusnaturalista, en la medida en que se trata de reagrupar proyectualmente el derecho –su autonomía, es decir, el ser ante todo «*técnica*» (o función) que se expresa a través de modelos «*abstractos*» (formalistas)– con su ambiente (pre-derecho), cuyo valor trascendental se expresa, según los casos, en clave sociológica, economicista o ética. El verismo científico (si se quiere, el positivismo), de hecho, lleva a ver en la proposición normativa (*Rechtssatz*), un esquema de cualificación de la *fattispecie* (*Deutungsschema*) que tiene la función de imputar (*Zurechnung*) a esta un efecto determinado.<sup>33</sup> En otros términos, el derecho coincide con los mecanismos decisionales que lo hacen válido.<sup>34</sup>

La separación del derecho de la ética determinó que, durante el nacionalsocialismo, los juristas alemanes aceptasen pasivamente los hechos tal como eran, con un aislamiento de las demás disciplinas, de las que el derecho tenía mucho que aprender. En realidad, la ética, la sociología y las ciencias políticas habrían podido enseñar a estos juristas la separación crítica de la estructura social y política en que vivían y evitar la plausible adhesión, salvo aisladas y marginales excepciones, al Estado nazista.

Es en esta concepción del *nomos* que, en el trasfondo, se ha planteado históricamente el dilema de Antígona: vale decir, si es justo sepultar a Polinices aun cuando ello estaba prohibido por la ley. Será Brecht<sup>35</sup> quien relea la barbarie nazista a través de Antígona, y Arendt quien brinde una respuesta lapidaria: «*nadie*

<sup>32</sup> Sobre la especificidad de la «*dimensión penal*» de la vida asociada y sobre la necesidad de reconstruir el funcionamiento de los sistemas penales por cómo históricamente han sido registrados, véase la enseñanza de Sbriccoli M., 1990, pp. 217 ss.

<sup>33</sup> Uso una terminología tomada de Kelsen H., (1934)-1966.

<sup>34</sup> Sobre las cuestiones que acabamos de ver, reenvío a las bellas páginas de Bretone M., 2004, pp. 155 ss.

<sup>35</sup> Brecht B., 1976.

*tiene el derecho de obedecer*». Tampoco se debe creer que al «exceso»<sup>36</sup> de la inflexibilidad de Antígona sea posible contraponer la dialéctica y la habilidad del pensamiento jurídico de Porcia, bajo el disfraz del doctor paduano, que evoca la centralidad de la interpretación en la aplicación del derecho.<sup>37</sup>

Ahora bien, es precisamente una perspectiva de vigilancia sobre la actuación y la defensa de derechos fundamentales que debemos comenzar a reflexionar, en palabras de Weber, «desde el punto de vista del presente y de sus intereses de valor»,<sup>38</sup> sobre el hecho de que algunas características tanto del nazismo como del fascismo aún hoy puedan replantearse, no obstante bajo inéditas (pero descifrables) formas de carácter jerarquizado y autoritario.<sup>39</sup>

**5** Detengámonos brevemente –en la medida en que es útil para continuar– en la concepción del Estado en el periodo nacionalsocialista, ya que de esta derivan importantes corolarios para nuestro discurso. En esta concepción, no existe conflicto alguno entre derecho positivo, con su exigencia de certeza, y justicia o moral. El problema de la consciencia (*Gewissen*) pertenece a la *Rechtsphilosophie*, en tanto aspecto de problemas teológicos, filosóficos o sociológicos. No obstante, al tocar cuestiones fundamentales de la ética y del derecho, este está presente en toda la historia y cultura de la humanidad.<sup>40</sup> Sin embargo, para la estabilidad del ordenamiento estatal, es necesario que el precepto vinculante, contenido en

<sup>36</sup> Cacciari M., 2007.

<sup>37</sup> Ascarelli T., 1960, pp. 107 ss. El escrito, que también ha sido publicado en otras sedes, constituye el texto de la conferencia proferida en el Instituto Cultural Italo-Chileno de Santiago, en 1955, y fue publicado por primera vez en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1955, p. 756 ss. Véase, recientemente, Ciaramelli F., 2017, en esp. pp. 223 ss. La realidad es que la esencia de la interpretación es la de convertir toda experiencia vivida en una realidad operativa, en la medida en que esto sea compatible con el contexto más general en el que el resultado llega a colocarse.

<sup>38</sup> Weber M., 2001, pp., 211 ss.

<sup>39</sup> Sobre el punto, haré referencia a Sbriccoli M., 1999 quien en la nota 3 de la p. 818 cita a Eco U., 1997 pp. 24-48, quien a su vez recuerda que muchos de los arquetipos en los que se «articula» el fascismo, siguen circulando, volviéndose a presentar en cada ocasión bajo diferentes formas y diversamente actualizados. Una observación análoga debe realizarse para el nazismo.

<sup>40</sup> Al respecto, véase Cohen H., 1907, pp. 63 ss. «[...] *el derecho debe echar raíces en la ética; así la ética debe fundarse en la ciencia jurídica*». Para una concepción del derecho que lo distingue de la moral cfr. Levi A., 1913, pp. 12 ss. Se suele adoptar el término «moral» para indicar el objeto y el de «ética» para indicar a la ciencia que lo estudia. El tema es de gran complejidad y extensión y en esta sede solo podemos recordar algunos de los principales autores que se han ocupado de él como Bentham J., 1977, que se basa en la distinción del derecho como hecho (como es) y del derecho como valor (como debe ser) como presupuesto de la separación entre derecho y moral, pero no entre ciencia del derecho y ciencia de la moral. Parece acoger esta separación Hart H. L. A., 1982, pp. 243 ss., quien considera que la separación benthamiana permite elaborar una ciencia del derecho dotada de autonomía. Kelsen H., 1973, considera que la moral es el lugar en el que se ejercen juicios de valor absoluto. Afirmar que algo es justo, significa considerar que se trata de un fin último que en sí mismo no es medio respecto a un fin ulterior. Ahora, «*Un juicio similar siempre está determinado por factores emotivos. Es necesario liberar a la ciencia jurídica de estos juicios morales no por el hecho de que son morales, sino sobre todo porque no son científicos*». Kelsen concibe a la moral como el lugar de aspiraciones ideales, que son irremediamente subjetivas. Una reconstrucción del problema al que se ha hecho referencia se encuentra en Viola F., 1990, pp. 667 ss.

una norma supraindividual –el *Sollen*– no pueda ser puesto en discusión por la consciencia individual de esta, pudiendo a lo sumo ser tomado en cuenta en sede de pena (privilegiada).<sup>41</sup>

En realidad, en el período que estamos considerando, incluso Welzel está muy lejos –como confirman sus obras juveniles– de acoger una teoría del «derecho natural» –el *Naturrecht* en sentido racionalista– vale decir, de la búsqueda de una razón suprema ordenadora del mundo que está por encima de los derechos positivos e históricos individuales.

La ley como orden (*taxis*) y como «*intelecto sin pasión*» es una cuestión compleja que plantea numerosas interrogantes que en esta sede no pueden recibir un análisis completo ni, por ende, respuesta exhaustiva. Esta evoca, entre otras cosas, una crítica recurrente sobre la abstracción del derecho natural, que termina por despojar al derecho de su existencia autónoma representada por el principio de legalidad, tal como pretende el normativismo de tipo positivista (Kelsen). El mismo historicismo jurídico –para entendernos, aquel que parte con el *Beruf* de Savigny<sup>42</sup> no podía dar carta de ciudadanía a una teoría del derecho natural por el hecho de trabajar exclusivamente sobre las estructuras jurídicas del pasado –caracterizadas por procesos reales (*de la naturaleza a las cosas*), es decir, por el contexto práctico empírico en el que nace y se coloca toda institución jurídica<sup>43</sup> como cubierta de la cual extraer sistema y método.

El pensamiento nacionalsocialista<sup>44</sup> se aleja claramente de las escuelas de pensamiento ahora recordadas, en la medida en que invoca un sistema de valores (contenidos en las figuras del *Volksgenosse*, *Rechtsgenosse* y *Blutgenosse*) ligado a la historia y al destino del pueblo alemán y a la raza aria; además, regulado por un ordenamiento concreto (*konkrete Ordnung*) cuyas normas no permiten ninguna separación del derecho de la moral, en tanto adoptadas (el *Entscheidung*) por el *Führer* en interés de toda la comunidad. De esta forma, se resuelve la contraposición, de origen liberal-democrática, entre Estado y sociedad.<sup>45</sup> Obviamente, la argumentación presenta pasajes más postulados que demostrados.

Es conveniente dilucidar las cosas que hasta ahora hemos indicado, fijando el modelo práctico en el que se inspiraban los juristas nacionalsocialistas sobre el

<sup>41</sup> Sobre el tema cfr. el célebre ensayo publicado en 1949 de Welzel H. que, modificando posiciones anteriores, sostiene que la presencia de un problema de consciencia podrá tomarse en cuenta en sede de pena (privilegiada).

<sup>42</sup> von Savigny F. C., 1840.

<sup>43</sup> von Savigny F. C., Turín, 1886-1895, I, pp. 76-77.

<sup>44</sup> Bretone M., 2004. en esp. pp. 151-152, observa que la tesis según la cual el positivismo es la matriz de los movimientos totalitarios, cada vez convence menos, precisamente porque el nacionalsocialismo niega la sumisión del Estado a la ley.

<sup>45</sup> Véase Schmitt C., 2002.

problema de la relación entre derecho y moral; justicia e injusticia, lícito e ilícito.<sup>46</sup> Esto nos ayudará a comprender mejor los desarrollos que siguen.

Utilizando una terminología de inmediata evidencia (que como todas las simplificaciones peca de imprecisión), con el *nationalsozialistischer Leitsatz* se afirmaba que *el sentimiento jurídico del pueblo alemán coincide por completo con el sentimiento moral*. En suma, el sentimiento de la comunidad representaba una prioridad ética de sus miembros y absorbía la idea de la autonomía moral. Tanto lo público como lo privado están fusionados en la determinación de los valores de tal manera *que esto representa una definición de la unidad del pueblo. La construcción de este tipo de sistema –la ensimismación entre derecho y moral– deriva del hecho de que el deber de fidelidad a la comunidad tiene carácter fundamental, de modo que el resto de deberes derivan de este*. El delito –afirma Schaffstein– es una violación del deber fundamental de fidelidad a la comunidad del pueblo y es equiparado a la violación de una norma moral: *«La esencia de un delito no es la lesión de un interés o de un bien jurídico; sino la revuelta contra la comunidad y su ordenamiento interno»*.<sup>47</sup>

En este horizonte conceptual, la referencia evidente es a la teoría del Estado de Hobbes, en la que el súbdito no tiene ninguna posibilidad de accionar sus derechos frente al soberano. Este representa la única fuente y el único intérprete de la ley, y no existe ninguna «tercera» instancia entre el súbdito y el soberano (los jueces no son más que funcionarios de este último). El soberano toma su poder de cada uno de los súbditos y es precisamente por esto que no es posible plantear una acción contra el soberano, ya que se trataría de una acción contra uno mismo.<sup>48</sup>

**6** Preguntémosnos, ahora, «*si*» y, luego, «*en qué medida*» el debate sobre la insurgencia contra el Estado totalitario provocó en la consciencia de los intelectuales alemanes un verdadero y propio «*vuelco ideológico*» respecto al nacionalsocialismo.<sup>49</sup> La pregunta que implica la continuidad o la discontinuidad de una experiencia o de una cultura, aunque sea en la más limitada perspectiva de los juristas, comporta un esfuerzo profundo, dada la complejidad de los elementos

<sup>46</sup> Dahm G. - Schaffstein, F., 1933, pp. 40.

<sup>47</sup> Schaffstein F., 1936, pp. 29-30; Wolf E., 1934/1935, p 350, quien afirma que en el estado nacionalsocialista, el delito se muestra antes que nada como una desobediencia o rebelión, y el delincuente como un enemigo del pueblo.

<sup>48</sup> Hobbes Th., (1651)-1976. Referencias específicas a la concepción del Estado de Hobbes en Schmitt C., 2002, pp. 24-26, 32, 44, 50, 57, 72. Los principales objetivos polémicos de Hobbes son las teorías que tienden a debilitar el poder soberano y entre estas, en especial, la de la división del poder. En otros términos, Hobbes rechaza la idea del *rule of law* en el sentido de la supraordinación de una ley, sea esta natural o positiva, al poder soberano. Es bien sabido la referencia de Schmitt a las teorías de Hobbes, de quien a menudo cita la frase: *auctoritas non veritas facit legem* (*Teología política*). Véase Schmitt C., 1982.

<sup>49</sup> Reflexiones de gran interés sobre el rol de los juristas durante el nazismo y el fascismo y, luego, sobre las sucesivas reflexiones, se encuentran en Somma A., 2005, pp. 10 ss., 122 ss., 311 ss.

que concurren en ella, de manera que no es posible darle respuesta en esta sede.<sup>50</sup> Por consiguiente, solo realizaré algunos apuntes.

En Alemania, la posición de los juristas refleja la muy articulada de los historiadores, tanto como para hablar de una verdadera y propia *Historikerstreit*.<sup>51</sup> Limitándonos siempre a una simple perspectiva de problemas, podemos decir que una parte, incluso significativa, de los historiadores y, luego, de los juristas, considera que la experiencia nacionalsocialista solo fue un paréntesis en la historia de la cultura (jurídica) alemana: paréntesis que nace y se justifica como respuesta al comunismo, por cómo estaba personificado por el sistema soviético.<sup>52</sup> En este sentido, el tema del comunismo es fuertemente valorizado como mal mayor respecto al mal menor representado por el nazismo (la referencia es al pensamiento schmittiano del *katéchon*).<sup>53</sup> Entre las razones recurrentes,

<sup>50</sup> Sobre el plano del método, la cuestión sobre la continuidad o discontinuidad de los sistemas normativos también podría ser afrontada a través de la tesis interpretativa goethiana formulada en la *Farbenlehre*. La idea es la de leer la historia del color como metáfora de la historia de la ciencia, que no es una historia de continuidad por el incesante cambiar de una forma a la otra, y donde causalidad y teología, categorías en sí mismas opuestas que parecen excluirse recíprocamente, terminan revistiendo contemporáneamente el rol de elemento generativo de la transformación. La decisiva importancia de la teoría goethiana de los colores radica en la superación entre mundo de la experiencia y mundo de la idea. Véase Goethe J. W., 1979; Idem, 2017. La referencia a este planteamiento interpretativo no debe causar sorpresas si se piensa que la corriente filosófica del estructuralismo –que en el derecho está presente como teoría interpretativa de los formantes (Sacco)– nace con la lingüística de Ferdinand de Saussure para difundirse luego en otras disciplinas, desde la antropología (Levi Strauss), al psicoanálisis (Lacan), a la filosofía (Althusser), a la semiótica (Eco), etc. Ahora, el estructuralismo considera que el análisis histórico, si pretende ser diacrónico (que para nuestros fines hemos formulado como problema de continuidad/discontinuidad de técnicas jurídicas en relación al contexto en el que operan) no obtiene más que significados parciales en tanto, pensado en términos de «causa» a «efecto», agrupa eventos totalmente heterogéneos que supuestamente deberían generar una sola continuidad presupuesta. El estructuralismo realiza un corte horizontal entre el presente y el pasado, y en la misma realidad se ocupa de revincular entre ellos diferentes planos, de aquí la función de la comparación.

<sup>51</sup> El debate fue provocado por un artículo del filósofo «revisionista» Ernst Nolte, publicado en el diario *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 6 de junio de 1986, en el que se sostenía que los orígenes del antisemitismo alemán deben buscarse en Rusia y en las resoluciones del Congreso Hebreo Mundial. Contra dicha reconstrucción, tomaron una firme posición tanto el filósofo Habermas J., en *Die Zeit* 11.07.1986 (que es uno de los principales exponentes de la Escuela de Frankfurt, junto a Horkheimer, Adorno, Marcuse, Benjamin, Kirchheimer y otros); como el historiador Wehler H. U., 2002 (que es uno de los líderes de la Escuela de Bielefeld, junto a Jürgen Kocka y Reinhart Koselleck). Para una atenta reconstrucción de las problemáticas a las que se hace referencia con amplias indicaciones bibliográficas, véase Somma A., 2005.

<sup>52</sup> Al respecto, debemos referir la conocida tesis de la *Sonderweg*, que en Alemania siguió un camino particular (diferente) con relación al seguido en el siglo XIX por Francia e Inglaterra. Para algunos, el nazismo sería el desarrollo natural de este camino. Wehler H. U., 1995; Everett A.

<sup>53</sup> Sobre el concepto de *Katékhon* véase Schmitt C. (1922)-1972, quien considera que se pueden interpretar las categorías fundamentales de la política como formas desacralizadas y secularizadas de conceptos teológicos. Partiendo de esta idea, Schmitt llegó a afirmar que el Estado «salva» a la sociedad de la anarquía con el simple poder de «decidir sobre el estado de excepción», o suspendiendo la norma y creando un nuevo orden fáctico, solo con una decisión soberana propia. Obviamente, para el autor la anarquía es el comunismo. Schmitt regresará sobre el tema en 1969/1970-1992 en un contexto evidentemente diferente.

aun cuando los sellos son múltiples, el argumento que identifica al derecho con su eficacia fáctica parece ser más relevante, de manera que niega, en vía de principio, la ilegalidad, por ende la punibilidad, de los actos de violencia realizados por un grupo de poder en una dictadura. La posición se remonta a Kant, que formuló expresamente la tesis de la «no punibilidad de la intolerable violencia por parte del más alto poder», motivando que «el pueblo jamás tiene el más mínimo derecho de punir al jefe a causa de la administración anterior, ya que todo lo que realiza con anterioridad en calidad de jefe, debe ser considerado legítimo desde afuera, y él mismo, como fuente de la ley, no puede cometer ilícitos».<sup>54</sup>

No creemos que estas consideraciones representen una tendencia actual que haga resurgir la ideología nacionalsocialista, en la medida en que la sociedad occidental contemporánea (el capitalismo de organización, la sociedad de consumo, la globalización, la información, etc.) es totalmente diferente de la sociedad liberal de inicios del siglo XX, así como respecto a la sociedad totalitaria del nazismo. El nivel de vida de las masas o de la «*multitud*»,<sup>55</sup> de hecho, se ha incrementado notablemente; en gran medida la antigua clase obrera ha sido sustituida por una nueva clase media asalariada, con competencias especializadas; las libertades formales de expresión y de asociación, así como el juego parlamentario, se han vuelto estables. A lo sumo, de manera mucho más constructiva, se puede pensar en un vínculo de continuidad con la antigua raíz del nacionalismo alemán, *genus* del que el nacionalsocialismo con total seguridad fue una *species*,<sup>56</sup> denominada irónicamente por Isaiah Berlin «el último vástago de la revuelta romántica».<sup>57</sup> En efecto, el nacionalsocialismo estuvo en condiciones de «reavivar», en términos de Levinas,<sup>58</sup> «sentimientos elementales»<sup>59</sup> y de plasmar el paisaje contemporáneo –

<sup>54</sup> La cuestión se replanteó en la década del noventa del siglo pasado para los crímenes imputados a los órganos de gobierno de la República Democrática Alemana y al *SED – Sozialistische Einheits Partei Deutschlands*. La referencia es a Kant, 3ª ed., 1919, p. 207 ss. Entre los autores que sostienen la tesis referida véase, por ejemplo, Jakobs G., 1992, p. 3. En la misma perspectiva se movieron Grünwald G., 1991, p. 31 ss.; Rittsteg H., 1991, p. 404 ss.

<sup>55</sup> La «*multitud*» es un concepto complejo que nace de la nueva fenomenología de la fuerza laboral (material o inmaterial, intelectual o manual) y que supera las limitaciones propias del concepto de clase obrera. La multitud está en perspectiva de un nuevo sujeto social que adopta a la comunicación como instrumento de la lucha política. Véase, para esta perspectiva, Hardt M. - Negri A., 2013, pp. 364 ss.

<sup>56</sup> Esta herencia, reivindicada por el nazismo, fue denunciada por Benedetto Croce, 1944, quien, en un bellissimo ensayo identificó en el nazismo «una terrible crisis que era incubada en la historia secular alemana» y, por ende, el «producto de la historia de todo un pueblo».

<sup>57</sup> Berlin I., 2000 p. 523.

<sup>58</sup> Levinas E., 2012; Marcuse H., 2001.

<sup>59</sup> Fue un grave error no ver en el nacionalsocialismo: a) un intérprete de necesidades fundamentales de los hombres como el de *pertenecer* a una comunidad caracterizada por una fisionomía lingüística, territorial e histórica propia, y por un mismo estilo y horizonte mental; y b) el actor de políticas sociales tanto en el sector rural, como en el industrial. Es en la reafirmación de estos valores –terreno propicio a la fácil demagogia– que se combate el racionalismo liberal; la fe en la ciencia; el cosmopolitismo; la propia idea

fuera de los modelos entregados por la Ilustración y por la revolución francesa— en medida significativa con las categorías de la «soberanía nacional» y del «pueblo» así como, desde el punto de vista del orden constitucional, con un criterio de legalidad (*ordo legitimus*) ligado a mecanismos y sistemas procedurales articulados bajo la forma de meros instrumentos de administración y/o como ejercicio de poderes ordenadores presentes, por ejemplo, en las ordenanzas de emergencia sustitutivas de la ley (estado de excepción).<sup>60</sup>

**7** Es necesario distinguir —pero esto no tiene la pretensión de indicar un canon metodológico, a lo sumo un recurso— entre la técnica jurídica (el sistema de las normas) y su lado ideológico, que se debe saber atravesar reconociendo, por una parte, su narración y la lógica de su origen (así como su fin); y por la otra, aislándolo de los modelos y formas que constituyen el saber jurídico en su instancia trascendental: en la práctica, su ser abstracto,<sup>61</sup> general<sup>62</sup> y racional.<sup>63</sup> Si el elemento técnico y científico debe considerarse diferente del político-ideológico, también debemos añadir que ambos deben ser considerados inseparables en la medida en que forman parte de un único contexto (histórico). Corresponderá al

---

del Estado de derecho. En realidad, la complejidad del nacionalsocialismo (su *Weltanschauung*) no puede ser liquidada con fórmulas simplistas, como aquella, sostenida por algunos historiadores marxistas, a tenor de la cual este (con la religión) no es más que un mero instrumento de la burguesía reaccionaria.

<sup>60</sup> La reconstrucción del sistema del derecho público nacionalsocialista es particularmente compleja, por la presencia de diversas fuentes sobre las cuales, sin embargo, dominaba la voluntad del *Führer* en cualquier forma que esta se expresase (por lo general, textos normativos de origen gubernativo, ordenanzas o reglamentos del *Führer*). Scmitt C., aun cuando con vicisitudes personales alternas, sigue siendo el mayor teórico del sistema estatal nacionalsocialista y el mayor crítico del *Rechtsstaat* weimariano. En su opinión, el Estado es el producto de la combinación entre: 1) el conjunto de los aparatos burocráticos (comprendido el ejercicio); 2) el pueblo; y 3) el movimiento, representado por el partido nacionalsocialista, que es el elemento que arrastra a los otros dos. En esta perspectiva, se presenta la superación del principio del derecho penal liberal *nullum crimen sine lege*, sustituido por el *nullum crimen sine poena*, y por la eliminación, propia de un derecho penal centrado en la persona del reo y en su función de prevención, de las prohibiciones de irretroactividad de la ley y de analogía. Véase Schmitt C., 1935 pp. 175 ss.; Idem, 1934, pp. 713 ss.; Idem., (*Rechtsstaat...*) 1935, pp.189 ss. Con relación a las tendencias de política criminal del nacionalsocialismo véase Rüyong H., 2007, pp. 1007 ss. Para una discusión de estos aspectos, véase Negri A., 1992, en esp. el cap. V, pp. 223- 286. Sigue siendo útil conocer la contribución de Sieyès E. J., (1789) 2016 a la teoría constitucional y a la filosofía política moderna con relación a la formulación de la pareja conceptual *poder constituyente/poder constituido*. Sobre el punto cfr. Pasquino P., 1989, pp. 296 ss.

<sup>61</sup> La *abstracción* es el método que la ciencia jurídica sigue al deducir los esquemas de comportamiento de la experiencia histórica. El procedimiento es aclarado por Larenz K., 1960, p. 322, «*Alle Begriffsbildung beginnt, auch in der Rechtswissenschaft, mit einem Denkverfahren, das als isolierende Abstraktion zu kennzeichnen ist*». Por lo tanto, la «isolierende Abstraktion» es el núcleo de la ciencia jurídica. Sobre el punto Capozzi G., 1968, pp. 86 ss.

<sup>62</sup> La *generalidad* jurídica indica el paso del hecho de la experiencia histórica a la ciencia jurídica (*fattispecie*) a través del procedimiento de tipificación que aísla y fija los elementos del evento histórico del tipo. El tipo es una «*generalidad*» para la indefinida verificación de la que es susceptible. *Vid.* Capozzi G., 1968, pp. 86 ss., 177 ss.

<sup>63</sup> La *racionalidad* de un sistema jurídico está representada por la capacidad de corregir resultados negativos con el recurso a los principios. Véase, al respecto, Bretone M., 2004, pp. 269 ss.

historiador del derecho establecer la relación que media entre ellos; mientras que la cuestión fundamental para el jurista positivo será la de disolver este ligamen consciente de la antinomia<sup>64</sup> que existe ente el derecho como *Zeitstruktur*, es decir, mutable en el tiempo en la medida en que refleja sus núcleos ontológicos de sentido;<sup>65</sup> y el derecho objetivado en la ley, privado, por ende, de su referencia histórica y caracterizado por la abstracción, generalidad y racionalidad, a la que sigue como corolario la atemporalidad. Será la interpretación, en condiciones de regenerar valores y de demostrar la capacidad de la norma de producir decisiones, la que resuelva la antinomia.<sup>66</sup> Desde dicha perspectiva, ayuda la distinción entre *explicación*, entendida como descripción del contenido manifiesto de un evento (cuya matriz es la del principio de causalidad, precisamente de las ciencias naturales); e *interpretación*, que representa su comprensión, el darle un sentido (operativo) a través de una lógica que conserva su propia autonomía y sus cánones específicos. Se trata de procesos complementarios que facilitan el curso de la investigación: pero siempre procesos diferentes.<sup>67</sup>

El significado de las rápidas observaciones que acabamos de realizar se puede comprender en el hecho de que no pocas normas e instituciones elaboradas en la época del nacionalsocialismo, con una curvatura y una carga ideológica fuertemente caracterizada, se han mantenido, aunque sufriendo un proceso de «*regeneración*», en el ordenamiento jurídico no solo de la Alemania democrática,

<sup>64</sup> En realidad, en una sociedad compleja, la lógica estricta puede mostrar graves insuficiencias. Entonces, el método para comprender la «verdad» (el conocimiento) parece ser el de agrupar conceptos contrastantes: la dialógica, de hecho, es «*la unidad compleja entre dos lógicas, entidades o instancias complementarias, concurrentes o antagónicas que se alimentan entre sí, se completan, pero al mismo tiempo se oponen y luchan*». Morin E., 2002, pp. 1-35; Idem, quien recuerda que la etimología del término *complejo* debe buscarse en el latín *complexus*, o lo que está «*tejido junto*». Esto describe perfectamente la complejidad como «[...] *tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, riesgos, que constituyen nuestro mundo fenoménico. De manera que la complejidad se presenta con los caracteres de lo inextricable, del desorden, de la ambigüedad, de la incerteza [...]*» (p. 32). Por tanto, la complejidad «*a primera vista es un fenómeno cuantitativo, una cantidad extrema de interacciones, interferencias entre un gran número de unidades [...] sin embargo, la complejidad no solo comprende cantidades de unidad de interacciones que desbaratan nuestra posibilidad de cálculo; comprende también incertezas, indeterminaciones, fenómenos aleatorios*» (p. 58).

<sup>65</sup> *Mutabilidad* producida por el remplazo, o abrogación, o por efecto de un evento revolucionario, determinado por el uso de la fuerza o de la violencia, que erige un nuevo orden de normas habiendo extinguido los precedentes. En materia, son referencias importantes: Luhmann N., 1990, pp. 87 ss.; Husserl G., 1955. Engisch K., 1965.

<sup>66</sup> Haría referencia a la auto-poiesis en la teoría de los sistemas de Luhmann. Una tesis principal de este autor es la de considerar que una sociedad compleja necesita, bajo el aspecto de la diferenciación funcional implicada por la evolución, un derecho «*estructuralmente variable*» que tiene en la positividad su transformador incesante: «*el derecho no vale por el hecho de que, en la experiencia interna del derecho, exista la consciencia de una fundación histórica del derecho, de un acto pasado de producción del derecho, sino solo por el hecho de que el derecho sea experimentado como válido en base a esta decisión, como elegido respecto a otras posibilidades y, por ende, como transformable*», Luhmann N., 1990, p. 103.

<sup>67</sup> Indicaciones en dicho sentido en Goldmann L., 1973, pp. 98 ss.

sino también en otros ordenamientos europeos. Analicemos rápidamente lo que ha ocurrido en el campo del derecho civil para darnos cuenta de cómo el traspaso de un sistema jurídico a otro, esté en condiciones de transferir importantes aspectos de la disciplina precedente, aun cuando diversamente interpretada.

La doctrina nacionalsocialista modela todo el campo de las relaciones de derecho privado –del ser (persona y familia), del haber (bienes y propiedad) y del obrar (actividad)– en una relación de constante ensimismación con los intereses generales que concretizan los valores de la *Volksgemeinschaft*.<sup>68</sup> Uno de los conceptos fundamentales elaborados en dicho contexto es el del *Rechtsstellung*.<sup>69</sup> «posición jurídica» (concepto que, en cierta medida, invoca nuestra noción de *estatus*)<sup>70</sup> que sustituye a la noción de derecho subjetivo y que permite construir figuras particulares de subjetividad jurídica, bien en relación a otros consociados, bien como posición de miembro de cierta comunidad. Las posiciones subjetivas (*Gliedstellungen*) no son cedibles, en tanto íntimamente vinculadas a la posición existencial (política, social y racial).

La *Rechtsstellung* acentúa, respecto a la figura del derecho subjetivo, la posición subjetiva de deber y la dignidad superior de las instituciones respecto al individuo. De esta forma, se tiene una desvaloración del principio consensualista,<sup>71</sup> una extensión del área de la normativa inderogable y de la tipificación de los actos de autonomía privada, y el control de los actos no tipificados a través del paradigma de la causa y la meritoriedad de los intereses.<sup>72</sup> Larenz dirá que reducir al hombre

<sup>68</sup> Me permito reenviar a Pollice P., 2016, pp. 193 ss.

<sup>69</sup> Larenz K, 1936, pp. 35 ss.

<sup>70</sup> En realidad, el *status* comprende al hombre en su vínculo social, pero no lo coloca, como hace la *Rechtsstellung*, dentro de la estructura jerárquica de la sociedad en la que está incluido, donde el sujeto de derecho es figura en la sustancia desestructurada en el ámbito de la *Volksgemeinschaft*; cfr. Rehlinger M., 1967, pp. 207 ss.

<sup>71</sup> El ataque al consensualismo inevitablemente lleva a valorizar la relación de hecho (*faktische Vertragsverhältnisse*): categoría comprensiva, en la amplia acepción delineada por Larenz, en clave anti-contractual, de todas las relaciones que la ley considera vinculantes en base a un comportamiento negocial típico. Véase en Larenz K., 1963, pp. 33 ss. Es en torno a esta teoría que se habla, luego, de «relación obligatoria *ex lege* sin deber primario de prestación».

<sup>72</sup> Al respecto, la principal referencia es a la teoría del contrato. La concepción alemana del contrato influye en la construcción que del contrato se tendrá en el código civil italiano que, no obstante, se aleja en el régimen de las obligaciones, donde está presente una derivación más simplemente romanista. Cfr. sobre el argumento Somma A., 2000, pp. 348 ss. (y allí ulteriores referencias). La influencia a la que se hace referencia se manifiesta, por ejemplo, en materia de *causa* del contrato –elemento ausente en la normativa francesa que reduce esta noción a la causa de la obligación (cfr. Monateri P. G., 1984, pp. 150 ss.), que se eleva en nuestro régimen al rol de elemento esencial del contrato (arg. ex art. 1325 cód. civ. it.) y sirve para vincular el interés individual al de la comunidad. Véase en dicho sentido Betti E., 1952, p. 174, según quien un reglamento de intereses en las relaciones privadas concreta una razón práctica típica (causa) de un interés social objetivo y socialmente controlable. En suma, la causa atiene a la exigencia de controlar que los derechos subjetivos y los poderes de autonomía no se desvíen de su destino. En otros términos, para Betti, la causa no cumple un fin individual práctico (cfr. Betti E., 1943, pp. 321 ss.). Esto explica *por qué* en el art. 1322, 2º párrafo, cód. civ. it. se introduce un control de meritoriedad –reservado

en los límites estrechos y abstractos de la personalidad de derecho, concibiéndolo como provisto de igual capacidad jurídica y libertad de obrar, significa no solo hacer de él *ein individualitätsloses Individuum*, sino sobre todo ignorar que dicho esquema formal no toma en cuenta aquella verdad actual eterna según la cual «*el concepto de fuerza contractual, como fuente real de poder económico*» equivale a una «*fente potencial de supremacía jurídica*». <sup>73</sup> De aquí nace una suerte de cerco de la *Vertragsfreiheit* que se manifiesta en una tutela especial aprestada a favor del trabajador con el fin de atenuar aquella supremacía privada que las fórmulas vacías del individualismo terminan por reforzar a favor del empleador. <sup>74</sup>

Incluso con relación al derecho de propiedad (*Eigentum*) –que históricamente es el arquetipo de los derechos subjetivos– la doctrina nazista habla de una posición jurídica (*Rechtsstellung*), que se concretiza en poderes y competencias

---

a los contratos innominados, pero potencialmente extensible mediante aquel *passe-partout* que es la «*causa concreta*» incluso a los contratos nominados (típicos)– que en absoluto pertenece al escrutinio previsto por los arts. 1343 ss.; 1346 ss.; 1350 ss. cód. civ. it., pero que evoca aquella relación *individuo-comunidad* propia, en alguna época, de la elaboración de la teoría nacionalsocialista del contrato, pero que opera hoy en un contexto totalmente diferente. Sobre este artículo hay una extensa literatura que no es posible reportar en esta sede. Nos limitamos a Spada P., 1974, *passim*. La ocasión, sin embargo, puede ser propicia para expresar alguna observación sobre el problema de la «*meritoriedad de los intereses*». Muchos autores consideran que esta es la clave para entrar al orden concreto de los intereses que las partes se han dado con un contrato no ubicable entre los regulados por el código o por otra fuente legislativa. Es muy evidente que esta clave está en las manos del juez que hoy tiende a utilizarla de manera «*constitucionalmente orientada*» a diferencia de lo que ocurría en el pasado. En síntesis, estamos en el campo de una peligrosa discrecionalidad ejercida sin ningún parámetro objetivo de referencia con excepción del, aún más lábil y peligroso, abuso del derecho más o menos vinculado a un juicio sobre el comportamiento de buena fe (cfr., por ej., Cas. n.° 20109/2006). Con una fuerte simplificación, sin poder analizar en una nota un problema tan vasto, debemos considerar que si de meritoriedad debemos hablar, esta deba ser referida a la compatibilidad (por efecto de la mixión) de los efectos producidos por determinado contrato (atípico) con los (o con un régimen específico) previstos en el código –es decir, obligatorios o reales– faltando alguna indicación diferente a la cual el juzgador debería reconducirse. Por otra parte, y de manera más puntual, existen criterios de valoración textualmente regulados: pensemos, por ejemplo, en el régimen de las nulidades.

Por otra parte, en la doctrina alemana vuelve a hacerse presente el «*cuasicontrato*» con la afirmación de la teoría de las *faktische Vertragsverhältnis* y de la consecuente responsabilidad que deriva de comportamientos sociales típicos, en donde se valoriza el aspecto de la confianza (*Vertrauenshaftung*) y de las obligaciones que emanan de esta, definidas como «*sin prestación*». Cfr. Haupt G., 1941; Stoll H., 1932, pp. 288 ss. Según este autor, los deberes de protección se caracterizan por la proximidad de los deberes al contenido de la prestación (*Nebenleistungspflichten*); o por su contenido más amplio, comprensivo de todos aquellos deberes necesarios al correcto cumplimiento de la obligación y a la salvaguardia de la esfera personal y patrimonial de los contratantes (*Nebenpflichten*). En Italia, la categoría de las relaciones contractuales de hecho no tendrá gran éxito, probablemente porque estaba destinada a una total desvaloración del contrato. Así Ricca L., 1965, pp. 9 ss. quien indica cómo nace la categoría en Alemania en el contexto de una áspera crítica a la figura del contrato. Cfr. una vez más Betti E., 1957, p. 371.

<sup>73</sup> Larenz K., 1933, pp. 153 ss.

<sup>74</sup> Véase sobre el argumento Bülck H., 1940, pp. 15 ss. En el campo de la contratación de masa, por el contrario, se prevé: 1) la nulidad de las condiciones que implican una desventaja desproporcionada a favor de una parte; y 2) el deber impuesto al predisponente de las condiciones generales del contrato, de respetar las exigencias de la convivencia social.

(*Befugnisse*), no disponible por parte del propietario en tanto representa la posesión de un bien confiado por la comunidad al individuo que, de este modo, se convierte en persona socialmente responsable para el cumplimiento de su tarea ética (*Aufgabenbereich*). En consecuencia, la responsabilidad social es un componente del concepto de propiedad. Entonces, la propiedad es algo que se ubica dentro de la comunidad y que a menudo se aproxima mucho al concepto de cargo (*Amt*),<sup>75</sup> aun cuando ambos conceptos no deben ser superpuestos, en la medida en que, en todo caso, es necesario dejar al propietario un margen de discrecionalidad; ello a pesar de que el interés público es prevalente, como confirma la institución de la expropiación con o sin indemnización. Desde esta perspectiva, la propiedad es reconducida al concepto de comunidad (concepto recurrente también para la familia, los entes productivos, etc.) en cuyo interior no existe ninguna relación de complementariedad entre derechos y deberes (como en la relación obligatoria), sino solo tareas (deberes) asignadas al individuo por la propia comunidad.<sup>76</sup>

En consecuencia, la falta de correspondencia del obrar del sujeto (*volksgenössische Berechtigung* o derecho del miembro del pueblo, equiparable a la larenziana *Rechtstellung*)<sup>77</sup> con la función social concreta, da vida a la hipótesis del abuso del derecho, es decir, del ejercicio del derecho para fines anticomunitarios. Como resultado, la función del juez no debe ser ejercida en clave formal, sino con constante referencia a la *Generalclauseln* que, junto a los conceptos de buena fe (*Treu und Glauben*) y buenas costumbres (*gute Sitten*), representan un precioso parámetro interpretativo según el cual se puede examinar el contenido y el ejercicio concreto de las posiciones jurídicas reconocidas a los individuos y, al mismo tiempo, representan los valores fundamentales de la *Volksgemeinschaft*.<sup>78</sup>

El ejemplo de la propiedad, que acabamos de mencionar, lleva a considerar la compatibilidad de instituciones elaboradas por la doctrina jurídica nacionalsocialista –<sup>79</sup>a decir verdad, algunas de estas tienen una matriz weimariana más antigua– con nuestro actual y muy diferente contexto, una vez removidas las

<sup>75</sup> Esta noción de cargo (*Amt*), que es de evidente origen publicístico, funda el modelo constructivo de la representación (legal o voluntaria), definida como fenómeno organizativo, que remarca la posición del representante respecto al efectivo destinatario de la actividad desarrollada. Al respecto, véase Wolff E., 1934/1935, pp. 284 ss. El punto es que la actividad del representante –cuando los intereses en concreto protegidos están referidos a las personas jurídicas– expresa, en la construcción general del sistema, la fidelidad a su cargo en tanto funcionalmente vinculada a las finalidades de la comunidad nacionalsocialista.

<sup>76</sup> La reconstrucción de la concepción nazi de la propiedad es correctamente esbozada por La Torre M., 1988, pp. 205 ss., a quien se reenvía para las indicaciones bibliográficas.

<sup>77</sup> La Torre M., 1988, pp. 172 ss.

<sup>78</sup> Siebert W., 1936, pp. 25 ss.; Lange H., 1935, p. 944.

<sup>79</sup> Por ejemplo, véanse las figuras de la *faktische Vertragsverhältnisse*, *diktierter Vertrag*, *privatrechts-gestaltende Staatsakt*, *Kontrahierungszwang*, *ecc.*, que, luego, marcan el ocaso de la *die Vertragsherrschaft*.

superestructuras políticas y la finalidad racial que han caracterizado su origen. Estas nuevas figuras jurídicas<sup>80</sup> no guardan relación necesaria de mutua implicancia con la ideología político-social en las que nacieron, de manera que no es correcto deducir que estas han agotado su función dentro de la perversa lógica del Estado totalitario, con la consecuencia de negar *a priori* todo actual valor constructivo suyo. En efecto, una conclusión como tal no lograría explicar cómo la invocación de los principios generales, de la buena fe, de las buenas costumbres, etc., pueda pertenecer hoy al instrumental de la normativa nacional y comunitaria, en especial en materia de relaciones de trabajo y de contratos celebrados por el consumidor con el profesional.<sup>81</sup>

Es evidente que la estructura de los remedios contra las asimetrías contractuales, elaborada por la sistemática nacionalsocialista en Alemania, se funda en su sustracción a los modos y formas del reequilibrio confiado a la dialéctica de los sujetos sociales, con consecuente traslación de los mecanismos correctivos, como confirmación del paradigma totalitario, a la competencia de los aparatos estatales (comprendido el judicial) o administrativos. Esta, probablemente, puede ser la respuesta más próxima a las ambigüedades y ambivalencias de una *Rechtstechnik*, concebida como ontológicamente neutral, en la medida en que es potencialmente idónea para vincularse según los casos, en virtud de una relación dialógica, con el contexto histórico-político en el que opera.<sup>82</sup> Por el contrario, la que no puede ser neutral es la interpretación en el sentido precisado por Ascarelli, según la cual «*la reformulación interpretativa de la norma constituye [...] el puente necesario entre el corpus iuris dado y la realidad cambiante*».<sup>83</sup>

Ahora, esta positividad potencial de la técnica necesita ser fuertemente anclada, para no degenerarse, a un marco de derechos subjetivos fuertes –los de la persona– indisponibles respecto a la práctica jurisdiccional y legislativa. Aludo al

<sup>80</sup> Sobre la materia, los autores más conocidos son: Hedemann J. W., 1919, p.14; Nipperdey H. C., 1920; pp. 7 ss., 19 ss.

<sup>81</sup> Para esta observación, véase Barcellona P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milán, 1969, pp. 15 s., n. 27.

<sup>82</sup> No se debe olvidar que el nacionalsocialismo (y, por ciertos aspectos, el propio fascismo) nace de la pérdida casi total, acentuada luego de la crisis de 1929 (atribuida, dicho sea de paso, a los círculos financieros hebreos), de la «seguridad» individual y social de la clase media, comprendidos los intelectuales, y de la desorientación de la clase obrera por los decepcionantes resultados weimarianos. Cfr. Lukács G., 1959, pp. 80 ss. En la *Weltanschauung* nacionalsocialista de los orígenes, están presentes elementos *anti-legítimos* místicos y «*revolucionarios*» –muy lejanos de la ideología reaccionaria de estilo antiguo (vale decir, de los Hohenzollern)– que determinaban en las masas, una predisposición a acoger esta doctrina sin, no obstante, comprender que las instancias sociales predicadas escondían, en realidad, procesos de reestructuración de la producción, cuyo modelo proyectual era el de determinar el paso a una sociedad industrial de masa. Desde esta perspectiva, los teóricos de la sociedad de consumo caen en la cuenta de la necesidad de consensos sociales cada vez más amplios, alimentados también en la ilusión de un control de los mecanismos de la acumulación, como el control sobre los beneficios injustificados o sobre las condiciones de contrato no solidarias con las expectativas de la comunidad (de los consumidores).

<sup>83</sup> Cfr. Ascarelli T., 1959, vol. I, pp. 71 ss.

ápice de una suerte de kelseniano *Stufenbau*, donde los derechos fundamentales recogen el *ethos* de la sociedad democrática (*civitas maxima*).

Hoy, el contexto de referencia –entramado de valores constitucionales de solidaridad e igualdad– ha cambiado profundamente, de manera que la operatividad de los mecanismos correctivos a través de la interlocución con los sujetos sociales ha cambiado por completo su referibilidad a una sociedad totalitaria.

En el período nacionalsocialista se asistió –incluso en otros campos del derecho como, por ejemplo, el penal– a una elaboración, por decirlo así, «*técnica*» muy refinada, que sin embargo no ha correspondido a una elaboración adecuada de los «*principios de selección*» que están (*rectius*, que deben estar) en la base de las elecciones de política criminal, liquidando la problemática de la identificación de las conductas susceptibles de pena, mediante la referencia a conceptos poco confiables como el de «*representación popular*» o de correspondencia a los «*intereses del Estado*».

**8** El interés que suscita el escrito *Sobre los fundamentos éticos del orden social* de Welzel, reside en el hecho de que este orienta la discusión sobre un tema, como el de la ética *de la responsabilidad*, estrechamente vinculado a la autonomía del individuo; es decir, a la libertad de la voluntad vista como presupuesto indispensable para la responsabilidad. Se trata de un tema, por decirlo así, «*clásico*» –en el sentido que su antecedente, totalmente jurídico, está presente en la tragedia griega o en la dramaturgia barroca alemana, bajo la forma del tiranicidio<sup>84</sup> en la medida en que evoca la relación entre «*consciencia*» (*Gewissen*) y «*derecho*», entre «*justicia*» o «*injusticia*» de las normas que componen el ordenamiento; o, si se quiere, del deber de obediencia no mediado por la valoración de la consciencia de cada individuo. Entonces, el tema es el de los límites a la libertad y a la autonomía individual, esta última vista como presupuesto de la responsabilidad.

En este punto, es útil preguntarse cuál es el horizonte cultural en el que se mueve Welzel en relación al escrito que estoy analizando. Podemos deducir alguna

<sup>84</sup> Véase Benjamin W., 1999 pp.44 ss. En realidad, el *Trauerspiel* parece no inscribirse en una perspectiva sacra o salvífica (en el sentido que no se percibe un *eschaton* o *telos* que lo trascienda), pero poniéndose dentro del flujo de la historia, el drama del tirano, transcribe su teoría jurídica de la soberanía que lleva a atribuir al príncipe la decisión sobre el estado de excepción con sus prerrogativas dictatoriales que resultan de ella (que imponen entender a la figura del príncipe como la del tirano). Entonces, el drama es la antítesis entre la absolutidad del poder reconocido al soberano y su incapacidad decisional que arrolla a los súbditos en un baño de sangre. Esta antítesis, en la concepción barroca, hace del tirano un mártir. Benjamin, al describir el paso del ejercicio de la soberanía al rol de un poder dictatorial en el estado de excepción, parece utilizar, aun cuando transversalmente, la doctrina schmittiana sobre el estado de emergencia tras el cual se representa la colisión entre lógica institucional y democracia, entre legalidad y legitimidad (Schiaivone G., 1999, *Introduzione a Benjamin W.*, pp. XXXII ss.).

indicación de las escasas referencias bibliográficas, convenientemente elegidas y calibradas, contenidas en las notas que acompañan al texto del escrito analizado.

Son ampliamente citados «autores» que se remontan a la filosofía del siglo XIX: Kant y Hegel; luego, para la sociología, Max Weber. De esto, se puede realizar una constatación *ictu oculi*. Estos autores presentan, por decirlo así, una actitud significativa de adaptación en el sentido que son o han sido leídos e interpretados con resultados muy contrastantes entre sí. En efecto, hay una considerable literatura, aun cuando esto sea todo menos que indicativo de un consenso común, que encuentra en ellos las raíces del *Kulturkampf* nacionalsocialista. Por ejemplo, Martin Heidegger escribe en *Kants. These über das Sein*: «Como indica el título, la siguiente exposición pretende presentar un punto de la doctrina de la filosofía kantiana. Gracias a ella, hemos sido instruidos sobre una filosofía pasada. Esto puede tener un interés propio; pero, en realidad, solo si nuestro sentido de la tradición aún es vivaz».<sup>85</sup> Respecto a Hegel, parece significativo reportar un pasaje fuertemente crítico de Gyorgy Lukács: «Los apuntes y las notas de Hegel, por lo general no destinados a ser publicados, son interpretados cada vez de manera más enérgica, de modo que a través de ellos pueda surgir la imagen de un filósofo 'genuinamente alemán', es decir, irracionalista y místico, y de agrado al fascismo. Sin embargo, a pesar de todas estas lagunas y omisiones, tenemos a disposición un material relativamente vasto para el desarrollo juvenil de Hegel. Y, dado que el neohegelismo fascista ha utilizado este período para hacer de Hegel un irracionalista de agrado a los fascistas, no es una tarea secundaria la de confrontar estas falsificaciones con los hechos históricos».<sup>86</sup> Finalmente, observa Giorgio Galli, en su conocido ensayo sobre Schmitt que lleva por título *La mirada de Jano*, que este «continúa y radicaliza (con atención 'católica' hacia la objetividad jurídica de las estructuras) la relativización del Estado y la problematización del racionalismo occidental ya iniciadas por Weber (con acentuación protestante de la originalidad del obrar individual de tipo económico) y profundiza su interpretación de la Modernidad como secularización de la política como conflicto, de la centralidad del poder, y su intuición del politeísmo de los valores».<sup>87</sup> Y es siempre Carl Schmitt quien se sirve de la distinción introducida por Weber entre «legitimidad»

<sup>85</sup> Sobre la invocación a Kant en la cultura nacionalsocialista, véase Martin Heidegger: 1962 (texto de un curso realizado en la Universidad de Friburgo durante el semestre invernal 1935-36); 1963; 1963 (texto cuyo núcleo fundamental se remonta a un curso universitario de 1925-1926, luego vuelto a presentar durante diversas conferencias y ciclos de conferencias en 1928); 1977 que constituye la transcripción del curso desarrollado en la Universidad de Marburgo en el semestre invernal 1927-1928. Estas obras, junto a otras, están reunidas en *Martin Heidegger Gesamtausgabe* (en acrónimo GA o también HGA) Frankfurt, 1992.

<sup>86</sup> Lukács G., 1997, pp. 8 ss. Además, sobre la relación entre la filosofía hegeliana y el nacimiento de las dictaduras, véase: Popper K. R., 1997, pp. 24 25; Marcuse H., 1976, pp. 248, 249.

<sup>87</sup> Galli C., 2008, p. 46, y allí ulteriores indicaciones bibliográficas en la nota 52.

y «*legalidad*». Ahora, afirmar que Kant, Hegel y Weber son los precursores de la ideología nacionalsocialista *sin duda alguna es falso*; siendo verdad que se trata de autores que pertenecen al patrimonio de la cultura no solo alemana, sino mundial. A pesar de ello, quien escribe en 1947, luego de la «*catástrofe*», debería recordar el uso instrumental que la cultura nacionalsocialista hizo de estos autores con el fin de evitar malentendidos, el surgimiento de objeciones y para dar, en todo caso, mayor inteligibilidad a sus propias ideas. Entonces, vuelve a aparecer la idea de que el nacionalsocialismo solo fue un paréntesis en la continuidad de la cultura alemana.

En este escrito, Welzel ignora la afligida defensa de las «*leyes no escritas*» que Ernst Cassirer hizo a comienzos de la década del treinta;<sup>88</sup> así como el debate sobre «*legitimidad y legalidad*» en la que participaron, en ambos frentes, eminentes juristas en Weimar.<sup>89</sup>

Por otra parte, en las argumentaciones de Welzel es del todo ajena la posición de Radbruch que, entre otras cosas, un año antes (1946) había publicado en la misma *Süddeutsche Juristen-Zeitung* un ensayo con el título *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*,<sup>90</sup> el cual tuvo resonancia mundial por ser el punto de referencia del renacimiento iusnaturalista.<sup>91</sup> Welzel se limita a citarlo genéricamente en la nota inicial de su ensayo, en relación a la posición de Weber. No obstante, el escrito de Radbruch es de importancia notable, en la medida en que introduce la fórmula de la «*injusticia intolerable*»,<sup>92</sup> como límite a la validez del derecho positivo,

<sup>88</sup> Cassirer E., 1932-1934, pp. 1-27; Idem, (1929)-1989, pp. 223-240; 1995. El segundo texto, publicado póstumamente, debería remontarse a un período comprendido entre agosto y setiembre de 1916.

<sup>89</sup> Hago referencia al ensayo de Kirchheimer O., (julio 1932)-2017, pp. 91 ss., al que siguió el ensayo de Schmitt C., 1932, que no dejará de citar el antecedente kircheimeriano, aun cuando con aprecio de liberadamente tendencioso (Scalone A., *Introduzione a Kirchheimer*, p. 17). Me atrevería a decir que en la cultura jurídica alemana posterior a la II Guerra Mundial, casi son ignorados los esfuerzos colectivos que, incluso en el exilio, sostuvieron las ideas de la República de Weimar. En especial, aludo a la *Escuela Superior de Política Alemana*; a la *biblioteca Warburg*; al *Instituto Psicoanalítico de Berlín*; al *Instituto para la Investigación Social* de Frankfurt; y a la *Bauhaus*. El motivo, probablemente, está ligado a la presencia en estos Entes de estudiosos marxistas.

<sup>90</sup> Radbruch G., 1946.

<sup>91</sup> Hoy, las obras de Gustav Radbruch están reunidas en *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie*, bajo el cuidado de Kaufmann A., Heidelberg, 1987-1998.

La reflexión de Radbruch sobre las diferencias que median entre derecho privado y derecho público, es importante. El primero, en una perspectiva tomada del derecho romano, se centra en el individuo y se basa esencialmente en la propiedad privada, en la libertad de contratación, en el matrimonio y en el derecho de sucesiones. Sin embargo, para el derecho germánico, el individuo está al servicio de la comunidad, sus derechos están limitados en razón del interés común, «*de aquí respecto a la propiedad libre, la frecuencia enormemente mayor de concesiones de terrenos bajo vínculo, los bienes feudales, cuyos poseedores están sometidos a limitaciones militares y a deberes, los bienes hereditarios, cuyos poseedores solo tienen en uso la propiedad de la familia, y para enajenarla, necesitan de la aprobación de esta*». Dicho de otro modo: «el individuo tiene todos sus derechos... solo de la colectividad. El derecho privado solo es una de sus emanaciones, solo un componente del derecho público», este último queda destinado al cuidado del interés supraindividual: Radbruch G., 1961, pp. 174-175; Idem, 1959, p. 15, 158; véase también von Hayek F., 2010, p. 241.

<sup>92</sup> Radbruch G., 1932, p. 82.

o al derecho legal según las normas de la Constitución estatal concreta. En la tercera edición de su *Rechtsphilosophie*, publicada en 1932, Radbruch reconoce precisamente a la conciencia del individuo el derecho de negar obediencia a las «*leyes vergonzosas*» (*Schandgesetze*). Por el contrario el juez, en su actividad de interpretación, está sometido al ordenamiento jurídico positivo y no debe conocer más que la teoría jurídica de la validez, que considera de igual modo la exigencia de validez de la ley respecto a la validez efectiva; el juez jamás debe preguntarse si el mandato jurídico autoritativo es justo, sino más bien debe considerar vigente todo el derecho legal. El autor asume una postura diferente en el ensayo citado de 1946, en el que escribe: «*El conflicto entre justicia y seguridad jurídica debería poderse resolver en el sentido que el derecho positivo, garantizado por estatuto y poder, tiene la preeminencia incluso cuando es, en su contenido, injusto e inadecuado, a menos que el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que determine que la ley, como 'derecho injusto' deba ceder ante la justicia*».<sup>93</sup> Desde dicha perspectiva, la fórmula *radbruchiana* de no reconocer validez a las normas «*injustas*» del ordenamiento jurídico anterior (*id est*: nacionalsocialista), fundaría la acción penal (contra los nazistas) y de este modo no se burlaría la prohibición de retroactividad.

Debido también a la brevedad del ensayo, Welzel no afronta el problema de la concepción nacionalsocialista del derecho, que encuentra su centro en la definición de las relaciones entre Estado y soberanía –es decir, entre las razones de la política y las del derecho público– que Schmitt concilia con la ingeniosa fórmula «*politische Prämie auf den legalen Machtbesitz*», entre constitución y ley, legalidad y legitimidad.<sup>94</sup>

También se refiere, muy rápidamente, a la doctrina schmittiana del *amigo-enemigo* que se basa en la contraposición entre grupos –en donde los integrantes de cada grupo mantienen entre sí vínculos de sangre, de historia, de raza, de credo político etc.– pero que inevitablemente pone en una zona de penumbra al carácter moral y la autonomía del individuo. Sin embargo, Welzel no cita, ni siquiera una sola vez, al autor de la doctrina criticada. También aquí el propósito (o mejor, el intento) probablemente es el de hacer pasar por alto el nombre de un importante teórico de la ideología nacionalsocialista, salvaguardando su reputación. Mistificación intelectual a la que muchos intelectuales de izquierda contribuyeron tanto como

<sup>93</sup> Radbruch G, 1946, p. 107.

<sup>94</sup> Véase Schmitt C., (1922-1953)-2013. El volumen reúne una Premisa a la edición italiana de Carl Schmitt, así como una serie de ensayos publicados entre 1922 y 1963, entre los cuales se encuentra: *Teología política: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1933); *Il concetto di politico* (texto de 1932, con una premisa y tres corolarios); *Legalità e legittimità* (1932); *I tre tipi di pensiero giuridico; Il problema della legalità* (1950); *Appropriazione, divisione, produzione* (1953).

para hacer considerar a Schmitt uno de los más importantes constitucionalistas posteriores a la Segunda Guerra Mundial; a pesar de que en sus escritos –hago referencia a los ensayos: *Los intelectuales alemanes; El Führer defiende el derecho; La ciencia del Derecho alemana en su lucha contra el espíritu hebreo*, a los que debe añadirse su polémica contra Spinoza– hay prueba segura del carácter no episódico de su adhesión al nazismo.<sup>95</sup>

Es un hecho que luego de *Auschwitz* (en tanto símbolo de la *Shoah*) y *Buchenwald* (en tanto símbolo del exterminio de los partisanos, comunistas, homosexuales, rom y discapacitados) no son admisibles ambigüedades ni reticencias, especialmente por parte de quien, como Welzel, invoca la fe en el cristianismo.

A lo largo de una línea de obligada revisión de su credo científico, que el escrito de Welzel se propone, se ubica la referencia a Friedrich Meinecke, el más grande historiador alemán del siglo XX y, en especial, a su obra que lleva por título *Die deutsche Katastrophe*, de resonancia mundial.<sup>96</sup> A decir verdad, falta una invocación explícita a la idea que Meinecke tiene del nazismo como «*encuentro turbio de nacionalidad y socialismo*» y «*mezcla de nacionalismo, militarismo e imperialismo, entendidos como factores de una crisis, dicho sea de paso, inevitable y como tal ya acogida*».<sup>97</sup>

El texto de Meinecke sobre la «*catástrofe*» debe ser ligado a la contribución que este autorizado autor dio a la teoría de la razón de Estado,<sup>98</sup> donde, partiendo de las teorías de Macchiavello sobre el poder y la fuerza como origen del Estado, identifica un conflicto constante entre ética y política, respecto al cual opera una elección clara respecto al *ethos*. Son bastante conocidas las críticas de Schmitt a esta postura:<sup>99</sup> críticas que no caen en la cuenta de que la posición de Meinecke es mucho más sofisticada y profunda, en la medida en que intenta desvincular los valores éticos de las ideologías, plantando de tal forma la semilla de una ciencia de la moral en condiciones de hacer a los individuos responsables de sus comportamientos en las relaciones sociales fuera de las prescripciones normativas.

En la elección de este autor, Welzel asume implícitamente un juicio de valor sobre la necesidad de un *ethos* que oriente los comportamientos

<sup>95</sup> Los ensayos citados en el texto fueron publicados con traducción al italiano por Angelino C., 2006. En el tercer ensayo Schmitt aconseja abrir en las bibliotecas una sección titulada *judaica* y citar a los juristas hebreos, indicando su raza (p. 33). Sobre la polémica con Spinoza, véase Schmitt C., (1938)-1986, p. 196.

<sup>96</sup> Meinecke F., (1946)-1948.

<sup>97</sup> Las palabras reportadas en el texto son de Fulvio Tessitore, 1998, p. 118, uno de los más importantes estudiosos de Meinecke en Europa. El libro se indica también por una importante contribución, ubicada en el apéndice, de Domenico Conte, que lleva por título *Storia della critica*.

<sup>98</sup> Meinecke F., (1924)-1970.

<sup>99</sup> Schmitt C., (1926)-2007, pp. 69 ss., quien acusa a Meinecke de proponer un dualismo romántico que termina por dar vida a una teoría pendular; además que la razón de Estado varía y no representa una constante en la historia.

individuales, hablando de un *hombre real* y de una *responsabilidad fáctica*, es decir, concretamente imbuida en los sistemas sociales y en condiciones de elegir «libremente». De aquí una atención que parte de la crítica del «grupo» (noción sustancialmente cerrada en sí misma por su caracterización interna) y que se orienta hacia una figura más elástica representada por la «masa» de la que, sin embargo, advierte los límites y los peligros. Aquí, probablemente, está presente la intuición del surgimiento, en términos gramscianos, de un nuevo sujeto histórico, cuyas necesidades exceden la rigidez de los sistemas normativos a favor de una lógica modular de gestión de los conflictos (consumidores, ambiente, etc.).

9 El escrito bajo análisis comienza recordando que en las páginas del *Politik als Beruf*<sup>100</sup> de Max Weber se encuentra una anticipación de la ética de la responsabilidad, cuando plantea la cuestión de los fundamentos éticos del obrar político. Para el autor, la perspectiva weberiana no tuvo éxito, ya que en la cultura alemana la ética encontraría su lugar exclusivamente en la «interioridad» y no en la «exterioridad» social y jurídica.

No creemos poder estar de acuerdo con este tipo de valoración que asigna a Max Weber un rol propositivo frente a la ética de la responsabilidad, si no se comprende en qué medida este aspecto pesa en el pensamiento de Weber.

Leyendo el *Politik als Beruf*—contemporáneo al *Wissenschaft als Beruf*<sup>101</sup> con el que comparte el tema de la elección de los valores— se vislumbra fácilmente que el verdadero interés de Weber no es, en tanto ajeno a sus opciones metodológicas, el de la construcción de una *Verantwortungsethik*—por ende, de las posibles consecuencias que derivan de una acción contraria a lo normativamente debido—sino a lo sumo la constatación de una oposición radical (irreductibilidad) de esta a la ética de la intención (*Gesinnungsethik*) propia de la política, que prescinde de las consecuencias en la medida en que efectúa una elección de valores rompiendo, como consecuencia, todo sistema de coherencia de los valores. En este sentido, parece significativo referir un breve pasaje de Weber en el que se dice: «Aquel que busca la salud de su alma y la salvación de las demás, no la busca en el camino de la política, la cual tiene tareas muy diferentes; tareas que solo pueden ser resueltas con la violencia».<sup>102</sup>

En realidad, para comprender plenamente la posición de Weber sería necesario indagar a fondo en su pensamiento,<sup>103</sup> a partir del *Wirtschaft und Gesellschaft*, en el que el autor atribuye una posición central al concepto, históricamente condicionado,

<sup>100</sup> Texto reunido en Weber M., 1921. Sobre el pensamiento político de M. Weber, véase Massimilla E., 2019. Sigue siendo muy importante el estudio de Rossi P., 1956; Idem, 1988.

<sup>101</sup> Este texto está contenido en Weber M., 1948.

<sup>102</sup> Weber M., 1921 *loco ult. cit.*

<sup>103</sup> Weber M., 1972-1976.

de *poder*—definido en términos de relación entre mandato y obediencia— al que hace corresponder una concepción del Estado moderno caracterizado por el empleo de la coerción física legítima, común a todo grupo de poder político, y por la pretensión de monopolización de dicho empleo a través de un ordenamiento administrativo-burocrático y jurídico, que es el único que permite el uso «legítimo» de la fuerza (tipo legal de poder). Como resultado, el Estado moderno es un estado racional que presenta una homogeneidad estructural con el capitalismo, en tanto este también constituye una empresa administrada de manera análoga a la empresa capitalista.

Siempre en el exordio, Welzel analiza el concepto de autonomía, definido por Kant como «*ley fundamental del mundo moral*». Es sabido que para Kant el principio de moralidad es identificado en la *Gesinnung*, actitud o disposición moral de fondo, que prescinde del objetivo (*absicht*) que la acción debe alcanzar, estando vinculada al principio (o máxima) en base al cual la misma se debe realizar. De aquí el valor universal de la moral que para ser tal debe fundarse en las estructuras de la razón, inmutables y comunes a todos los hombres, y no en el conocimiento, que puede variar de sujeto en sujeto. Esto quiere decir que es moral la acción que responde a la *Gesinnung* y al valor (principio) de la obediencia a la ley, que constituyen ambos un imperativo categórico. Esto último presupone que la voluntad sea libre, en la medida en que sin libertad no puede haber ningún mandato. En la otra vida, Dios garantizará la felicidad a quien ha obrado moralmente.<sup>104</sup>

Welzel, a pesar de apreciar el concepto de autonomía contrapuesto al de heteronomía, que es instrumento ciego de un determinismo externo; así como el de voluntad libre (o máxima de la voluntad), rechaza la visión kantiana orientada a la intención y al valor de la obediencia a la ley, en tanto imperativo categórico que vincula la consciencia a la idea de la obligatoriedad de los valores jurídicos en tanto justos. Se trata, observa Welzel, de una solución «*intelectualista*», en términos de Hegel, o que adolece de un formalismo ético injustificado, en tanto la voluntad no está en condiciones de conocer si el deber es fundado o solo es presunto, y la consciencia plantea el problema de una decisión justa y de las consecuencias que de esta derivan. En síntesis, la ética *kantiana de los principios* debe extenderse necesariamente a la ética de la responsabilidad. Entonces, el punto es el de cultivar una perspectiva idónea a la responsabilización social y jurídica de los consociados en condiciones de tomar consciencia de los contenidos del deber.

En dicha perspectiva, Welzel retoma la afirmación de Hegel, a tenor de la cual la raíz de la idea de la libertad moral de todos los hombres está en el Cristianismo,

<sup>104</sup> Husserl E., 1990, p. 183, imputa a Kant varias «*oscuridades*» y sobre todo, la falta de una investigación sistemática de la consciencia en términos intuitivos.

que no excluye a ningún hombre del ejercicio de la libertad y deja el radio de su autonomía indeterminado, sino ilimitado. Contra la ética cristiana está la *contra-ética* de la obediencia ciega.

Welzel no es un teólogo, como tampoco lo era Schmitt, pero ambos ponen como fundamento de su moral al cristianismo; aun cuando el segundo lo hizo en la perspectiva maniquea del nacionalsocialismo. De los teólogos, Schmitt toma la idea del «*reino cristiano que detiene al Anticristo*», enemigo que debe ser destruido. Por reino él entiende el poder histórico respecto al cual elabora la antes recordada teoría del *amigo/enemigo*. Sobre el plano teórico-práctico, el enemigo no es necesariamente malo o feo, ni es un competidor económico: simplemente es el otro, el extranjero respecto al cual es necesario protegerse. A aquel que pregunte a Schmitt si es antisemita, él responderá que es la Iglesia la que es antijudía y antisemita.<sup>105</sup>

A continuación veremos que Welzel responde a algunas preguntas planteadas por Schmitt y que el suyo es un cristianismo de matriz muy diferente. Queda abierto el problema de si la ética de la responsabilidad puede fundarse en la religión que, no obstante, puede ser susceptible de diferentes lecturas.

Restablecido el contenido pleno de la autonomía y de la libertad en la ética de la responsabilidad, en la segunda parte de su contribución Welzel afronta la *contra-ética* de la obediencia ciega que caracteriza a la masa de los homologados. Él define como *homologado* al hombre que obtiene su legitimación solo del consenso de la masa a la que reconoce autoridad. Es un individuo que no tiene personalidad autónoma, obedece a directivas ajenas, en breve, es una nada. En dicha moral se debe distinguir entre los individuos pertenecientes al mismo grupo (los amigos) y los que pertenecen a un grupo distinto (los enemigos). Para quien es «*homologado*», el individuo no vale como «*prójimo*», sino como polaco, alemán, hebreo, trabajador, etc. Este pasaje es importante porque constituye una crítica fuerte a la concepción schmittiana del *amigo/enemigo* que acabamos de referir.

En este punto Welzel se plantea el problema de cuáles puedan ser los remedios para recuperar una autonomía individual partícipe, en condiciones de hacer frente a la ética colectivista que orienta a los hombres exclusivamente hacia un objetivo colectivo y termina por atomizar uno respecto al otro. En primer lugar, la ética de la simple moralidad ya no es suficiente, esta debe comprender a la ética de la responsabilidad personal en el ámbito social. En este sentido, es necesaria la participación en tareas concretas y en la corresponsabilización en la formación de la vida social. Es en este proyecto que se ubica la democracia que forma y

---

<sup>105</sup> Cfr. Taubes J., *op. loco cit.*

constituye el marco en el que cada individuo puede ser llamado y consultado como responsable y co-garante del valor común, es decir, como persona autónoma.

**10** Welzel concluye su ensayo con la consideración de que la competencia técnica de la masa está en el promedio; mientras que la capacidad de comprender las conexiones universales de la vida sin duda alguna ha disminuido por obra de los «*especialistas*», de manera que el aumento de la competencia técnica está vinculada a la disminución del conocimiento de la vida. En esta última consideración se encuentra *in nuce* un elemento de gran modernidad del pensamiento welzeliano. En efecto, la «*competencia técnica*», es decir, la de las nuevas adquisiciones científicas y tecnológicas, hace surgir la naturaleza problemática de nuevos aspectos de la ética de la responsabilidad, en relación a las cuestiones de la bioética (del destino genético de nuestra especie); del ambiente; de la justicia distributiva en un mundo globalizado; así como de los riesgos para las futuras generaciones vinculados al cambio climático.

También me parece de gran interés la relación que Welzel identifica entre competencia técnica y conexiones universales (valores) de la vida, en el sentido de que existe una disminución de la capacidad de comprenderlas. En realidad, la complejidad de la tecnología, incomprensible en su funcionamiento al hombre promedio, nos está llevando a vivir en un mundo mágico respecto al cual es muy difícil determinarse.

En realidad, Welzel intuye con gran anticipación que el desarrollo de la tecnología da vida a un sistema o modelo organizativo de la sociedad cuyas formas y funciones solo son aparentemente racionales y científicas, por ende, neutrales. De hecho, a pesar de presentarse en términos de mera administración, estas terminan por englobar las instancias de los grupos dominantes y por traducirse en sus instrumentos de poder. En otros términos, en dicha perspectiva el uso de la tecnología termina por representar, con el sustento de la socialidad comunicativa, una nueva modalidad de «*manipulación de las consciencias*». Nos hace pensar sobre esta cuestión, lo que escribía Herbert Marcuse en la década del sesenta del siglo pasado: «*En este universo, la tecnología provee además una egregia racionalización de la no-libertad del hombre, y demuestra la imposibilidad 'técnica' de ser autónomos, de decidir personalmente de su vida. [...] De esta forma, la racionalidad tecnológica protege en lugar de abolir la legitimidad del dominio, y el horizonte instrumental de la razón se abre a una sociedad racionalmente totalitaria*».<sup>106</sup>

<sup>106</sup> Marcuse H., 1967, p. 172.

Como conclusión, *no está de más* añadir que en la actual ética de la responsabilidad necesariamente deba quedar comprendida la categoría de la *sostenibilidad* que implica los límites del desarrollo. Aludo al agotamiento de los recursos disponibles sobre la tierra y a los daños producidos por su uso y disfrute fuera de control.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

POLLICE, Paolo. A propósito de la ética de la responsabilidad en Hans Welzel. Tradução de César Edwin Moreno More. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 119-149, out./dez. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.04.006.

---

Recebido em: 22.05.2021

Aprovado em: 12.11.2021