

VALORES DE LA ACCIÓN Y BIENES JURÍDICOS

Algunas observaciones a la interpretación mayoritaria de la función ético-social del Derecho penal en WELZEL

MARIANO MELENDO PARDOS
Profesor Titular de Derecho penal
UNED

Resumen: El presente trabajo analiza la interpretación habitual de la función ético-social del Derecho penal en Welzel. La misma no atiende al alcance que daba Welzel a los conceptos, de modo que la descontextualiza y puede criticarla severamente. Una interpretación correcta de la misma evita la mayoría de las críticas y puede servir como punto de partida para una discusión sobre conceptos básicos del derecho.

Palabras clave: función ético-social del derecho penal; Welzel; conceptos básicos del derecho penal.

Abstract: This paper discusses the usual approach to Welzel's social-ethical function of criminal law. This approach desaboves the characteristic Welzel's thought and censure it. A right exposition of the theorie saves the critic and makes a starting point in debate about basic concepts of criminal law.

Key Words: social-ethnic function of criminal law; Welzel; basic concepts of criminal law.

No hace mucho tiempo que RAGUÉS I VALLÉS señaló, con razón, que la contraposición entre bienes jurídicos y vigencia de la norma es «uno de los principales puntos de debate en la dogmática penal de los próximos años», de forma que «cualquier construcción teórica en

el ámbito de la teoría del delito debe empezar tomando partido en esta polémica»¹. Ahora bien, la crisis actual del concepto de bien jurídico, reconocida por amplios sectores doctrinales², no debe hacernos perder de vista que el concepto de bien jurídico ha sufrido agresiones durante toda su historia³. Ésta es la perspectiva que nos interesa, pues, como veremos posteriormente con mayor detalle, suele decirse que considerar que «la misión del Derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad» o que «la misión central del Derecho penal radica en asegurar, en los supuestos de abandono realmente manifestado de los valores básicos del actuar jurídico, la inquebrantable validez de estos valores de acto por medio de la conminación penal y de la pena», tal y como afirmaba WELZEL⁴, llevaría a una inaceptable relativización, en el mejor de los casos, de la protección de bienes jurídicos⁵. Mas, y éste será el principal objeto de análisis, ¿es realmente así?

¹ RAGUÉS I VALLÈS, R., «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (en adelante RPDJP) 2 (2001), pp. 532-533.

² Así, sin ninguna pretensión de exhaustividad, pueden verse las referencias, no necesariamente coincidentes, de Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 139-140; Peñaranda Ramos, E., «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», RPDJP 2 (2001), pp. 424 y ss.; Straténwerth, G., «Zum Begriff des «Rechtsgutes», *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1998, pp. 377-378, donde señala que existen más de diez definiciones de bien jurídico —y estimamos que ha hecho el cálculo muy a la baja—; Hirsch, H. J., «Acercas del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico» (traducción de Daniel R. Pastor), en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 371 y ss.

³ Lo recuerda, con razón, Silva Sánchez, J. M.^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 227.

⁴ Véase Welzel, H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, pp. 1 y 2 respectivamente.

⁵ Así, por ejemplo, para Jescheck, H. H./Weigend, Th., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 8 las consecuencias últimas de esta concepción supondrían el escalonamiento de los marcos penales según el grado del desvalor de la acción, la punición de la tentativa en todo caso, la igualación punitiva del delito consumado con la tentativa acabada y la punición de la imprudencia sin consideración a la producción del resultado; en una línea similar señala Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.^a ed. revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 97, respecto a la concepción welzeliana, que «como es sabido, el reproche más firme que se ha hecho a su teoría es precisamente que, desde el punto de vista políticocriminal, favorecía el «Derecho penal de la voluntad» al subjetivizar en demasía el concepto de ilícito o de injusto, preconizar que la tentativa fuera castigada con la misma pena que el delito consumado, ampliar la punición de la tentativa inidónea a casos rayanos en la tentativa irreal o el delito imposible». Que, como supongo perfectamente conocido, no existe acuerdo entre los finalistas (discípulos directos

Anecdóticamente podríamos recordar que JAKOBS, el principal crítico de un Derecho penal concebido como protector de bienes jurídicos, se vinculaba a la función ético social del Derecho penal («el aseguramiento de la vigencia de los valores ético sociales positivos de acto ético») de su maestro WELZEL en el prólogo a la primera edición de su Tratado⁶. La concordancia entre las posturas es, claro está, meramente nominal. No por la supuesta visión moralizante de la postura welzeliana, sino por la renormativización de los conceptos a que hace referencia JAKOBS inmediatamente después de la alusión a WELZEL⁷. Hasta qué punto JAKOBS es «deudor» de su maestro es algo que, al menos a los efectos aquí buscados, no promete grandes resultados, por lo que no merece la pena ocuparse de ello.

Podríamos pensar también en incluir a WELZEL, contra su propia opinión⁸, entre los defensores de una concepción preventivo-general positiva de la pena⁹, o, al menos, considerarlo «antecedente» de la misma¹⁰. Aparentemente, tampoco habríamos ganado mucho. Dado

de WELZEL o no, pongan mayor o menor acento en la función ético-social) sobre estas cuestiones —y muchas otras más— creo que pone claramente de manifiesto lo errado de afirmaciones como las anteriores.

⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1991, p. VII («Del prólogo a la primera edición»).

⁷ JAKOBS, AT, p. VII. En esta línea interpretativa, rechazando correctamente que el planteamiento welzeliano conlleve una confusión entre Derecho y moral —y, por supuesto, mucho menos el de JAKOBS—, PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., *Consideraciones críticas sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, UAM-Civitas, Madrid, 1997, pp. 17 y n. 1, 40-41; GIL GIL, A., «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal», en Díez RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. M.º/GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 15 y ss.

⁸ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 242.

⁹ En este sentido, por ejemplo, MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 128-129 (que, sin embargo, señala que el propio WELZEL no consideraba la función ético-social integrante de la prevención general); ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *ADPCP LI* (1998), pp. 370, 371, 376-377, 392 y ss.; también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229, una vez destacado que, en algunos casos, podría tratarse del desarrollo de tesis retributivas (pp. 227-228), donde aparecen referencias a WELZEL.

¹⁰ Así, por ejemplo, KAUFMANN, Armin, «Die Aufgabe des Strafrechts», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1982, p. 275; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 28; GRACIA MARTÍN, L., en GRACIA MARTÍN, L. (coord.)/BOLDOVA PASA-

que existen diversas concepciones preventivo-generales positivas¹¹, sin que sea fácil establecer siquiera unas notas mínimas, fuera de lo que ya se deduce de los propios términos —que se dirige a la generalidad y no lo hace intimidando (salvo que este concepto se considere «positivo», lo que no parece ser el caso)—, la cuestión podría resultar irrelevante. Sin embargo, no tiene por qué ser así —y, desgraciadamente, no lo es—. Situar a WELZEL dentro de la prevención general positiva, porque creía que «la misión más profunda del Derecho penal era de naturaleza ético-positiva» y que «la mera protección de bienes jurídicos tiene *sólo* una finalidad preventivo-negativa, preventivo-policial»¹² —frase tan repetida hoy en círculos jakobsianos¹³— tiene consecuencias muy relevantes. Se olvida, por un lado, que contemplaba la prevención general y especial negativas como un elemento de su teoría de la pena¹⁴ y, por otro, que en esa función positiva, en la que «por medio del castigo y proscripción del abandono de los valores básicos de la *actitud jurídica* manifestado realmente, se expresa de la forma más impresionante que el Estado tiene a su disposición la inquebrantable vigencia de estos valores positivos de la acción, se forma el juicio ético social de los ciudadanos y se refuerza su *actitud permanente de fidelidad al Derecho*»¹⁵, intervienen elementos de carácter tan «positivo» como la coacción¹⁶. Obviar dichos elementos de la

MAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, M.^a C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 58-59; el mismo, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 172-173; el mismo, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 63-64, mostrándose siempre crítico con la nueva terminología.

¹¹ En este sentido, por todos, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 13, 17 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 368 y ss., 376 y ss., 392 y ss.; GIL GIL, «Prevención general positiva», pp. 9-10; ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 147 y ss.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, p. 172 y n. 298.

¹² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 3 (cursiva añadida).

¹³ Véanse simplemente LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln et. al, 1999, pp. 175 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención en el Código penal de 1995*, Colex, Madrid, pp. 33, 39 n. 93, 78-79.

¹⁴ Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 239.

¹⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 3 (cursiva añadida); ya antes en «Das Gesinnungsmoment im Recht», *Festschrift für Julius von Gierke*, Berlin, 1950, (publicado también en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, New York, pp. 258 y ss., versión por la que se cita —véase la p. 263—).

¹⁶ Bien sean intereses personales para obtener determinadas ventajas, bien el miedo a sufrir determinados perjuicios; así, por ejemplo, «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Ed. Kolhrausch*, Berlin, 1944 (publicado también en *Abhandlungen*, pp. 224 y ss., por la que se cita

concepción welzeliana no resulta, claro está, inocente, lo que no implica, sin embargo, que se haga malintencionadamente.

De todas formas, volvamos al objeto principal de nuestras reflexiones. Las objeciones que se realizan a la postura welzeliana podemos sintetizarlas en las siguientes, pese a la estrecha vinculación entre las mismas:

1. Ampliación del ámbito de incidencia que se considera legítimo para el Derecho penal, esto es, señalar que se trata de una concepción que «permite, e incluso obliga, utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de bienes jurídicos a través de la prevención general tradicional (como intimidación) ni de la prevención especial»¹⁷. En definitiva, estamos ante una teoría que permite ir más allá en la criminalización de lo que se deduciría de la protección *inmediata* de bienes jurídicos a través de la intimidación.

2. Desbordamiento del límite representado por el fuero interno, pues «la «actitud interna» (*Gesinnung*) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena..., la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable»¹⁸. Con otras palabras: el respeto a la autonomía moral del individuo se opondría a una incidencia del Derecho penal, en un Estado atento a la dignidad humana, en la conciencia ético-social de los ciudadanos¹⁹.

aquí —véase p. 232—); sobre que los intereses egoístas son suficientes para la actitud jurídica —de ahí que pueda actuar la coacción jurídica—; igualmente «Das Gesinnungsmoment», p. 262.

¹⁷ En este sentido MIR PUIG, «Función fundamentadora», pp. 132 y 135 (a la que pertenece el entrecomillado), añadiendo, para reforzar el carácter inadmisibles de la misma que «sucede algo parecido a lo que supone la admisión de la exigencia de retribución, aunque no resulte necesaria para la prevención general ni para la prevención especial en sentido clásico». Mucho más cauto posteriormente, pues se refiere ya a que «podría resultar cuestionable si se concibiese en términos tales que permitiesen ampliar la injerencia del Derecho penal a la esfera de la actitud interna del ciudadano», *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 92 y n. 26, con referencias a JAKOBS; en la misma línea SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 229, 233, 237 —si bien refiriéndose sólo a la intimidación—; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, 4.ª ed., Ceura, Madrid, 2006, p. 96.

¹⁸ MIR PUIG. «Función fundamentadora», p. 138.

¹⁹ MIR PUIG. «Función fundamentadora», p. 138; en esta línea de actuación sobre el fuero interno, moralización y carácter antiliberal, igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 231, 237, 302 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 96, apelando también, en la línea de los autores anteriores, a lo que el Derecho no puede hacer por el carácter plural y democrático de una sociedad, de forma que considera que «no con-

3. Confusión de Derecho y moral, moralización de los ciudadanos o mejora ética de la sociedad, que va más allá de lo que incumbe al Derecho penal²⁰.

Incluso aunque no se acepte este aspecto de la concepción *welzeli*ana, que, por lo demás, podría condensarse en la formulación bastante más neutra —y por ello menos problemática— del «fomento del respeto a los bienes jurídicos»²¹, sin que produjesen grandes cambios de contenido, creemos que las críticas se basan en diversos malentendidos.

Así, si la asignación de una función de protección de los valores elementales de la acción lleva a una punición más allá de lo que exigiría la inmediata protección de bienes jurídicos a través de otros medios, me parece, como tal, una afirmación gratuita. Desgraciadamente, sabemos poco o nada de lo que exige la protección —sea inmediata, sea mediata— de bienes jurídicos²². Ello vale para todas las teorías de la pena o, más en general, para el Derecho penal²³. Si la afirmación no tiene un sustento empírico —y que yo sepa no se ha ofrecido, salvo cuando se alude a la función promocional del Derecho penal, que puede estar relacionada o no, pese a que se afirme lo contrario, con el fondo de la teoría que ahora nos ocupa²⁴—, no deja de

vence, por tanto, el argumento de que inculcando actitudes internas favorables a los valores del Derecho, se logra, indirectamente, una protección más eficaz de los bienes jurídicos»; especialmente crítico en este sentido ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 392, 405-406.

²⁰ Así, entre otros muchos, ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 395, 399 403 n. 110, 404-405 y n. 115 en la primera; POLAINO NAVARRETE, «Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho penal» *Lh-Cerezo*, especialmente pp. 132-133; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 96; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 303, refiriéndose los dos últimos a la confusión de Derecho penal y ética civil, con el peligro de malinterpretar los procesos de «despenalización».

²¹ Así CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General. I. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004 (con adenda de actualización a julio de 2007), p. 16, remitiéndose al propio WELZEL. Es habitual situar a CEREZO MIR dentro de esta corriente, lo que, lógicamente, no supone problema alguno.

²² De ahí que la elaboración de una teoría de la legislación penal puede mostrarse muy útil precisamente en este aspecto.

²³ Sobre la falta de datos empíricos respecto a la eficacia de las diversas concepciones de la pena o de la norma, esto es, sobre la insuficiencia de nuestros conocimientos en este punto para deslegitimar opciones concretas, véanse, entre otros, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 227 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 216 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 371 y ss.

²⁴ Véanse, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 302-303; GARCÍA PABLOS, *DP*, p. 97.

No hay vinculación necesaria alguna entre la tesis de la «fuerza configuradora de las costumbres del Derecho penal» y la utilización del mismo para crear conciencias

ser más que la contraposición entre lo que se cree que se penaría según una teoría y según otra, para quienes emiten su opinión. Ello, en todo caso, nos remitiría a los criterios de incriminación y a los principios que fundamentarían el sistema de responsabilidad —las categorías del delito—. Allí es donde habría que demostrar las bondades de la propia postura frente a las demás²⁵.

En todo caso, la crítica anterior no debería pasar por alto varias cuestiones: en primer lugar, que la punición jamás iría más allá de lo necesario para el mantenimiento del orden social, elemento fundamental de la concepción de la pena de WELZEL, como repite una y otra vez²⁶. En segundo lugar, que WELZEL señala lo que entiende por orden social: la suma de los bienes jurídicos, que no constituyen una masa atomizada, lo que supone que el significado de un bien jurídico no puede apreciarse aisladamente, por sí solo, sino en conexión con todo el orden social²⁷. Conjugando ambos factores parece difícil ver una tendencia expansiva. Por último, para realizar esa función configuradora de las costumbres, significativa, que se realiza «en razón de la protección de bienes jurídicos»²⁸, es necesario que el Derecho penal se limite a los deberes (ético sociales) más elementales. Así, el Derecho penal va más allá de sí mismo y se incardina en la cultura global de su tiempo, pero sólo si realiza una prudente limitación de sus medios: «Una punición excesiva inutilizaría sus armas». De ahí el carácter fragmentario del mismo y el rechazo de WELZEL a su utilización para la obtención de fines organizativos o económicos o para combatir actitudes políticas, pues ello le haría perder su fuerza configuradora de las costumbres²⁹. Parece que WELZEL consideraba esen-

favorables en supuestos en que socialmente no existen. Sería una utilización ilegítima del Derecho penal y de esa función —salvo que se admita el efecto troquelador; sobre el mismo véase especialmente el análisis, que comparto prácticamente en su totalidad —incluidos los supuestos de utilización legítima del mismo—, de Díez RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981, pp. 82 y ss., 86 y ss. y, especialmente, 91 y ss.—, pero de ello, como tal, no se sigue nada para el valor de la teoría. Sobre las confusiones entre aspectos legítimos e ilegítimos del Derecho penal «simbólico», así como la desconfianza hacia planteamientos de psicología social véase Díez RIPOLLÉS, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena» en *Política Criminal y Derecho Penal —Estudios—*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 77-78, 90; *La racionalidad*, pp. 190 y ss.

²⁵ Una exposición de las posturas básicas sobre estas cuestiones puede verse en Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad*, pp. 166 y ss.; ya antes en *El Derecho penal ante el sexo*, pp. 119 y ss.

²⁶ Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 5-6, 239.

²⁷ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 4-5.

²⁸ Así WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 5.

²⁹ Todo lo anterior en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 5-6 (el entrecomillado en esta última).

cial una configuración bastante limitada del Derecho penal si éste quería cumplir esa función ético-social. No parece, al menos en principio, que WELZEL defienda un concepto expansivo de Derecho penal.

Con todo, parece que se objeta a WELZEL un cambio de presente por futuro, al considerar más importante el largo plazo que la protección inmediata³⁰. Se trata claramente de un malentendido. Al referirse WELZEL al momento en que el Derecho penal entra en acción de forma real, señala que lo hace generalmente tarde³¹. Dado que parece que por actuación real del Derecho penal no podemos entender otra cosa que la determinación de la comisión de un delito y la consiguiente imposición de la pena —si es necesaria—, parece difícil negar que WELZEL tenga razón. Si el delito ya se ha producido poco podemos, desde el punto de vista de una protección actual, hacer³². Además, buscar una protección a largo plazo no implica menoscabo alguno de la prevención actual: se habrán dictado las normas y las sanciones, únicos factores que pueden actuar preventivamente —tanto la norma como el componente intimidatorio de la pena, aunque habría que añadir que la continuidad de la aplicación del Derecho también sería un factor disuasor actual, elemento que tampoco olvida WELZEL³³— en el caso concreto.

Por último que WELZEL señale que «sólo por medio del aseguramiento de los valores ético sociales elementales de la acción se alcanza una protección de los bienes jurídicos que sea realmente duradera y eficaz», esto es, que expresamente señale que «asegurar el respeto a los bienes jurídicos (esto es, la vigencia de los valores de acto) es más importante que alcanzar un resultado positivo en el caso concreto actual»³⁴, se entiende, más allá de lo dicho anteriormente porque, para WELZEL, los valores de acto son más estables que los beneficios o perjuicios derivados de la mera protección de bienes³⁵. Ello es lógico, pues, por un lado, los valores de acto tienen un carácter más general que los bienes jurídicos, es decir, un valor de acto puede ponerse en conexión con distintos bienes jurídicos —lo que tampoco deja de plantear problemas— y, además, en este punto creo que tiene razón HASSEMER cuando señala que se trata de

³⁰ Así, por ejemplo, MIR PUIG, «Función fundamentadora», pp. 132-135.

³¹ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 3; igualmente ya en «Das Gesinnungsmoment», p. 263.

³² Similar CEREZO MIR, *Curso I*, p. 15, refiriéndose a que «la aplicación de la pena sigue a la comisión del delito»; GIL GIL, «Prevención general positiva», p. 17.

³³ Véase WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 262, artículo al que se remite en *Das Deutsche Strafrecht*, p. 6.

³⁴ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 4.

³⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 4.

evitar la «funcionalización» de principios y valores que no pueden tenerse en cuenta de modo puramente cuantitativo³⁶. Si, en todo caso, WELZEL consideraba los valores de acto un criterio de incriminación y cuál sea su relación con los bienes jurídicos, es una cuestión que, por su importancia y complejidad, vamos a dejar para el final.

Volviendo a las críticas, debemos destacar que el sentido en el que WELZEL hablaba de una actitud jurídica no ha sido muy tenido en cuenta por sus críticos. Si atendemos al contenido que WELZEL le daba, se pone claramente de manifiesto que no intentaba imponer ninguna actitud interna. Todo lo contrario, era perfectamente consciente de que «el Derecho no puede realizar directamente estos valores por medio de su coacción, aunque asegure indirectamente su vigencia al castigar el alejamiento de los mismos en las acciones reales»³⁷. Mas ello tampoco supone, en modo alguno, optar por una actitud moralizante. Refiriéndose a la actitud jurídica WELZEL dijo lo siguiente: «Actitud es la tendencia duradera, una clase permanente de actitud valorativa y volitiva, y no se pierde nada de la misma si sus motivos particulares no son, sencillamente, la conciencia del valor y del deber, sino impulsos de los intereses personales y el miedo a sufrir perjuicios»³⁸. Algún tiempo después dirá: «Actitud, en el sentido de tener la intención de, es la disposición anímica duradera, la clase persistente del valorar y querer. En este sentido hay también una actitud legal (jurídica), la voluntad persistente de cumplir los deberes jurídicos. Para esta actitud jurídica es indiferente si los motivos son más los de los intereses egoístas o los de la conciencia del valor (del cumplimiento del deber)»³⁹. «La actitud jurídico-legal comprende, así pues, tanto la disposición autónoma (moral) como la heterónoma»⁴⁰. Una conducta basada en una actitud jurídica puede no tener valor moral alguno, lo que no le quita nada de corrección jurídica. No hay moralización, pues, en el concepto de actitud jurídica. De hecho, si en lugar de actitud hablásemos de disposición⁴¹, nos encontraríamos con un término muy

³⁶ HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 101

³⁷ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 231.

³⁸ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 232 (cursiva añadida).

³⁹ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 262 (cursiva añadida).

⁴⁰ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 262 (cursiva añadida), aludiendo, claro está, a la distinción kantiana entre moralidad —como vinculación autónoma a la ley por su contenido de valor ético-material— y legalidad —como posibilidad de vinculación autónoma o heterónoma, esto es, en el último caso (el que aquí importa) por la dependencia de impulsos extraños al valor—.

⁴¹ Algo perfectamente posible, pues no resulta extraño traducir *Gesinnungsmerkmale* por elementos de la disposición de ánimo.

utilizado actualmente —incluso por autores que han criticado duramente a WELZEL⁴²—, que no parece suscitar mayores problemas.

En cuanto al respeto a la autonomía moral, cualquiera de los escritos welzelianos a partir de 1947 puede dar perfecta cuenta de la importancia que dicho concepto posee en su pensamiento jurídico-filosófico. Claro está que la crítica puede estar, entonces, parcialmente justificada. Volveremos posteriormente sobre esta cuestión.

La última objeción, la confusión entre Derecho y moral, es, en mi opinión, la que plantea problemas más interesantes, pues nos lleva, directamente, a los referentes de la construcción sistemática. De todas formas, son necesarias unas consideraciones previas.

Así, resulta difícil hablar de confusión entre Derecho y moral si se quiere hacer referencia al Derecho penal como el «mínimo ético». Por dos razones: en primer lugar porque el aspecto subjetivo (moralidad *vs.* legalidad) seguiría siendo distinto, como el propio WELZEL señala una y otra vez⁴³, lo que, además, invalida la objeción de la producción de una mejora ética de la sociedad, al menos si la entendemos en sentido estricto, como comportamientos realizados por la conciencia del valor ético del mismo⁴⁴. Para actuar jurídicamente WELZEL no exigió jamás esa vinculación interna; simplemente no la excluyó, como se pone de manifiesto en las referencias anteriores. En segundo lugar, porque no estaríamos ante confusión alguna sino ante algo buscado intencionadamente. WELZEL considera que el Derecho penal y la ética social coinciden sustancialmente en su contenido, por mucho que la segunda sea más amplia que el primero⁴⁵. Mas, ¿qué entendía WELZEL por ética social? Una vez más, se trata de una cuestión no especialmente atendida por los críticos.

⁴² Véase únicamente ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 552-553, donde se refiere a la *disposición al respeto a las normas* a propósito de su modelo de hombre político.

⁴³ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 232; «Das Gesinnungsmoment», pp. 260-262; *Das Deutsche Strafrecht*, p. 2.

⁴⁴ Señala con razón Díez RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, pp. 82-83 que una ampliación excesiva del ámbito de influencia del Derecho penal, para conseguir meros acatamientos externos de la moral, «no sólo no fomenta la Moral, sino que trabaja en contra ella».

⁴⁵ La limitación de WELZEL del Derecho penal a los deberes ético sociales más elementales es una constante en sus obras —véase ya *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht – Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Manheim, Berlin, Leipzig, 1935 (publicado también en *Abhandlungen*, pp. 29 y ss., por la que se cita, véase p. 104 n. 54) y compárese con *Das Deutsche Strafrecht*, p. 5—. Precisamente por esa limitación a los deberes ético sociales más elementales rechazaba, como ya señalamos, la utilización del Derecho penal para la obtención de fines organizativos o políticos o para luchar contra actitudes políticas —véase *Das Deutsche Strafrecht*, p. 6—, lo que no quiere decir que no admitiese excepciones (por ejemplo en situaciones de guerra —véase «Über den substantiellen Begriff», p. 239—).

Para WELZEL, el problema de la ética tiene dos aspectos, que están en una relación de tensión:

Por un lado, el problema del objeto del actuar ético, las preguntas por lo éticamente ordenado y éticamente permitido. Se trata del problema de la materia ética, del objeto ético y lo denomina la faceta objetiva o material de la ética. Aquí se pregunta por los fines valorativos éticos del actuar, por *los valores del estado de cosas* que se dirigen a la persona con *un deber ser* para realizarlos o mantenerlos⁴⁶. Hay que distinguir dos grandes grupos de contenidos del deber desde esta perspectiva: los ético-individuales, que incumben únicamente al particular, las tareas vitales personal-individuales (el autoperfeccionamiento) y los ético sociales, esto es, los que afectan al hombre como ser social, frente a los demás⁴⁷.

Por otro lado tenemos el problema del acto ético como tal, es decir, no ¿qué hay que hacer éticamente?, sino ¿cómo tiene que formarse el acto ético? Aspecto que, a su vez, se divide en otros dos momentos: el problema de la conciencia, el cercioramiento del deber, pues la acción tiene que realizarse a conciencia y el problema de la actitud en sentido estricto, dado que la acción tiene que realizarse a partir de una actitud pura⁴⁸.

Por supuesto, la coincidencia del Derecho y la ética sólo se da en el aspecto objetivo, esto es, la concordancia entre las normas de la ética social y del derecho penal⁴⁹. Se podrá rechazar la vinculación entre Derecho penal y ética social, desde luego, pero no se trata de confusión alguna, ni implica una moralización del Derecho penal.

Podemos tratar ahora el complejo problema de los valores de acto y los bienes jurídicos, pues la función ético social ha sido últimamente tanto defendida como duramente criticada en nuestra doctrina⁵⁰.

⁴⁶ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 259.

⁴⁷ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 259. Incidentalmente podemos señalar que cuestión distinta es si, realmente, puede trazarse tal distinción o la misma es tan nítida como parece, pues, por ejemplo, una decisión ético-individual básica tiene que ver con el trato respecto a los demás.

⁴⁸ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 260.

⁴⁹ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», p. 260.

⁵⁰ Véase, a favor de la misma, GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 191-192 y nn. 369-370, 194 n. 372, 195-196, 217; el mismo, *Fundamentos*, pp. 158 y ss. (si bien con una postura personal); GIL GIL, «Prevención general positiva», pp. 9 y ss.; en contra, ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 392 y ss.; POLAINO NAVARRETE, «Naturaleza del deber jurídico», pp. 109 y ss.

En su análisis de los modelos de Derecho penal desde una perspectiva filosófico-política (liberalismo-comunitarismo), no duda ALCÁCER en incluir la teoría de la función ético-social welzeliana dentro de los últimos⁵¹. De hecho, la hipótesis que plantea es que «la *razón de ser originaria* del fin ético-social..., es heredero del estatalismo ético hegeliano, de la comprensión “comunitarista” de lo social y de la confusión de Derecho y moral que se da en dicha comprensión ética del Estado»⁵². Más allá de que, lógicamente, suscriba todas las críticas anteriores realizadas a WELZEL, considera que aunque el mismo no abandona del todo la protección de bienes jurídicos, «ésta aparece como un fin dependiente y *condicionado* por el de la protección de “los valores de la actitud correcta”, el cual se establece como una finalidad previa y axiológica y valorativamente superior»⁵³. Así, aunque la protección de los valores de acto pueda concebirse como un medio, por su efectividad, para un fin ulterior, «al menos en su concepción original, la razón de ser del fin de internalización de los valores plasmados en las normas..., en su fundamento ético-político adquiere un carácter, relativamente autónomo, de fin en sí mismo»⁵⁴.

Lo verdaderamente importante, sin embargo, es que considera que entender el fin ético-social en sentido instrumental (protección de bienes jurídicos) supone orientarlo a fines en principio extraños a las premisas filosófico-políticas que inspiraban los fines a que se dirigía dicha concepción⁵⁵. Aquí radica, en nuestra opinión, el malentendido. Ni siquiera en el momento más comunitarista de WELZEL pueden desvincularse los valores de acción de los bienes jurídicos. Precisamente por ello, tampoco resulta correcto señalar, *en este momento*, como hace HASSEMER, que «el bien jurídico es el ojo de la aguja por el que tienen que pasar los valores de la acción»⁵⁶. ¿Por qué? Pues porque como vamos a poder ver, *sin bienes jurídicos no hay valores de acción. Los bienes jurídicos son el presupuesto de los valores de acto. Sin*

⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, «Fines», p. 407.

⁵² ALCÁCER GUIRAO, «Fines», p. 406 (cursiva en el original).

⁵³ ALCÁCER GUIRAO, «Fines», p. 392 (cursiva añadida. Obviamente, la traducción de *rechtliche Gesinnung* por «actitud correcta» es una mera errata, como se desprende de otros puntos de la obra de ALCÁCER).

⁵⁴ ALCÁCER GUIRAO, «Fines», p. 394. De ahí que las interpretaciones posteriores de la concepción welzeliana o incluso posteriores posiciones del propio WELZEL —asunción de la protección de los valores de la actitud ético social no sólo dirigido al fin de la pervivencia histórica sino como un medio más efectivo para la protección de bienes jurídicos— no le resulten convincentes pues la internalización y conformación del fuero interno siempre son rechazables desde una perspectiva liberal (p. 511).

⁵⁵ ALCÁCER GUIRAO, «Fines», p. 510.

⁵⁶ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 102.

un valor de un estado de cosas no se puede pensar, para WELZEL, en un valor de acto. De este modo, el abandono de un comunitarismo extremo —que es precisamente lo que hace WELZEL—, no supone, en modo alguno, desnaturalizar la función ético-social del Derecho penal. Veámoslo algo más detalladamente.

Como hemos señalado, *punto de partida del valor de acto es siempre el valor de un estado de cosas.* Con palabras de WELZEL, «son el presupuesto necesario para la existencia de valores éticos»⁵⁷, dado que se pregunta, con razón, por el sentido que tendría la honradez si no existiese el valor del estado de cosas de la propiedad. En definitiva, «la disposición al sacrificio, la fidelidad, la entrega, la valentía, etc., suponen que el fin para el que se realizan es valioso para el particular o la comunidad»⁵⁸. Pese a todo, WELZEL considera que el valor ético mismo no se encuentra en los fines (valores de bienes) sino en los actos que se realizan para aquellos fines⁵⁹. Ahora bien, el valor ético como tal, arrancando de KANT, no se encuentra en el resultado alcanzado por la acción, esto es, no depende de su carácter de mero medio para esos fines, sino que se lo presta la actitud que los sustenta⁶⁰. Esta actitud —disposición al sacrificio, entrega, fidelidad, valentía, veracidad, honradez, etc.— es la que da valor ético al acto⁶¹.

Trasladado al Derecho penal es cuando señala que su orientación central es el valor de acto y no el del estado de cosas. «La lesión del bien jurídico (el desvalor del estado de cosas) es sólo un momento parcial *condicionante*, carente de independencia, dentro del más amplio

⁵⁷ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 227.

⁵⁸ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 227 (cursiva añadida).

⁵⁹ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 227.

⁶⁰ WELZEL, «Über den substantiellen», pp. 227-228. La referencia a KANT resulta pertinente, para desechar las interpretaciones hegelianizantes de WELZEL, realizadas especialmente por ALCÁCER GUIRAO, «Fines», pp. 394-395, 399, 403 n. 110, 404-405 y n. 115 en la primera, 406, pues aunque en este escrito todavía hay resabios comunitaristas fuertes —igual que en *Naturalismus*, lo que nadie en su sano juicio negaría—, la postura de WELZEL se modifica de forma sustancial desde 1944 —véase, especialmente, «Über die etischen Grundlagen der sozialen Ordnung», *Süddeutsche Juristen Zeitung* (1947) (publicado también en *Abhandlungen*, pp. 241 y ss.)—, de forma que podríamos inscribirlo, sin grandes dificultades en la línea de un republicanismo cívico.

⁶¹ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 227. Por supuesto que los valores aquí destacados pueden resultar todavía excesivamente comunitarios (posteriormente —p. 229— añade la fidelidad al pueblo y al Reich, la obediencia al poder estatal, la disposición a la guerra, entre otros, si bien aparecen ya el respeto a la vida, la salud y honor de los demás, la honradez frente a la propiedad ajena, la honestidad en las transacciones patrimoniales).

desvalor de acto de la acción»⁶². Es justamente por esa referencia de los valores de acto a valores de estados de cosas por lo que los protegen —incluso mejor que la propia protección de bienes—, aunque WELZEL otorgue significado independiente al aseguramiento de la vigencia de los valores de acto con independencia de la protección de bienes jurídicos concretos⁶³. A partir de aquí critica que la lesión de bienes jurídicos se haya convertido en el *contenido material del delito y en el contenido material de la antijuridicidad*⁶⁴. Por eso señala que la teoría dominante sólo es una generalización y absolutización precipitada de un momento parcial de la norma penal, de forma que a dicha concepción material de la antijuridicidad va a contraponer otra forma de la misma teoría: «*contenido material de las proposiciones jurídico penales no es la mera protección de bienes jurídicos, sino el mantenimiento de los valores de la actitud jurídica; en ellos está contenida esencialmente, como momento parcial condicionante la protección de bienes jurídicos*»⁶⁵. Y no puede decirse que considere poco importantes los bienes jurídicos cuando él mismo dice que «los valores de acto están referidos por su esencia a valores del estado de cosas (bienes jurídicos) como su presupuesto condicionante. Con la protección de los valores de acto se protegen también, por ello, los valores del estado de cosas: *éste es el sentido que no se puede perder de la teoría de la protección de bienes*»⁶⁶. Aclara, además, en qué sentido tiene un significado independiente la protección de valores de acto: en que se dirige a una actitud jurídica permanente, que va más allá del mantenimiento actual del bien jurídico particular⁶⁷.

Claro que la doctrina de los valores de acto no es, precisamente, el punto más claramente explicado del planteamiento de WELZEL. En nuestra opinión, con la categoría de los valores de acto WELZEL no está pensando únicamente en la teoría de lo injusto. Sus referencias a las personas capaces de vinculación ético-social frente a aquéllos a los que hay que actuar con medidas de seguridad, sus referencias a la pena, sus críticas a la peligrosidad como momento de la culpabilidad, etc.⁶⁸, son una prueba más que suficiente. En definitiva, la teoría de

⁶² WELZEL, «Über den substantiellen», p. 228 (cursiva añadida). Como vemos se refiere WELZEL a momento condicionante (*bedingendes*) —no condicionado (*bedingtes*), como ha señalado ALCÁCER—, lo que modifica las relaciones de forma significativa en nuestra opinión. Sobre el carácter condicionante, igualmente, pp. 229, 232.

⁶³ WELZEL, «Über den substantiellen», pp. 228-229.

⁶⁴ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 229.

⁶⁵ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 229 (cursiva añadida).

⁶⁶ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 232 (cursiva añadida).

⁶⁷ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 232.

⁶⁸ Véase WELZEL, «Über den substantiellen», pp. 237 y ss.; «Das Gesinnungsmoment», p. 263; *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 6, 8-9, 238, 244-245.

los valores y desvalores de acto va mucho más allá de lo injusto y tiene en cuenta aspectos de la culpabilidad. El propio WELZEL señalaba expresamente que la distribución de los elementos del desvalor de acto entre los elementos del desvalor de la acción y de la culpabilidad era cuestión específica de la dogmática penal, remitiéndose a su propio manual⁶⁹. Desgraciadamente, tiene razón KRÜMPELMANN cuando señala que jamás clarificó la relación entre los conceptos de desvalor de acto y desvalor de acción, utilizándolos aparentemente como sinónimos⁷⁰. Incluso aunque nos limitásemos a los denominados «elementos de la disposición de ánimo» (*Gesinnungsmerkmale*), volveríamos a encontrarnos con uno de los puntos más problemáticos del pensamiento welzeliano⁷¹. En este sentido sí puede criticarse a WELZEL, pues parece claro que el desvalor de la acción en sentido estricto, en sentido dogmático, se extrae de su referencia al desvalor del resultado⁷², por mucho que, además, podamos ponerlo en conexión con un referente adicional (el desvalor de acto). Claro está que WELZEL no defendió jamás que se castigase la actitud manifestada en el hecho —como defendía, por ejemplo, GALLAS⁷³—, sino que, al castigar el hecho reforzábamos el valor de acto con el que aquél estaba conectado de forma negativa.

En mi opinión pudo haber una etapa en que la relación con los valores de acto era tenida en cuenta en la culpabilidad por WELZEL. No en sentido fundamentador de la culpabilidad, sino en sentido exculpante. Me refiero a la época que va de 1949 a 1965, cuando ve la esen-

⁶⁹ WELZEL, «Über den substantiellen», p. 228, n. 7. Aparentemente la primera vez que WELZEL se refirió a la función ético social del Derecho penal fue precisamente en 1940, en la primera edición del manual —véase la referencia en Armin KAUFMANN, «Hans Welzel zum Gedenken», *Strafrechtsdogmatik*, p. 288, n. 25—, pese a que ya existía algún indicio anterior —«Studien zum System des Strafrechts», *ZStW* 58 (1939), publicado también en *Abhandlungen*, pp. 120 y ss. (véanse 137-139 en n. 30—).

⁷⁰ KRÜMPELMANN, J., *Die Bagatelldelikte Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungs begriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 75-76 y n. 56. En todo caso para Armin Kaufmann en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, erweiterter Nachdruck der 1. Auflage (1954), Verlag Otto Schwarz & Co. Göttingen, 1988, no había la más mínima diferencia entre el desvalor de la acción y el desvalor del acto, tal y como señala —con razón— KRÜMPELMANN —loc. cit.—.

⁷¹ Críticos, por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1958, pp. 154-155; Díez RIPOLLÉS, «La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia», *ADPCP* 1977, p. 104.

⁷² Véase, por ejemplo, CEREZO MIR, *Notas a la traducción de El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, nota 10, pp. 44-45.

⁷³ Sobre ello MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002, pp. 368-369, 392 y ss.

cia de la culpabilidad en la reprochabilidad, y alude a la omisión del reproche de culpabilidad por razones éticas —supuestos del estado de necesidad del § 54 StGB en su anterior redacción—, o señala que para alcanzar la culpabilidad jurídica debe haberse lesionado aquella medida de consideración frente a los deberes sociales que cualquier otro miembro de la comunidad, en lugar del autor, estaría en situación de prestar⁷⁴. La cuestión, sin embargo, carece en el fondo de importancia y poco tendría que aportar —más allá de un «argumento de autoridad», poco aceptable como tal— en el momento actual.

Más importante resulta destacar que es cierto que hay un momento comunitarista muy intenso en WELZEL. Sin embargo, desde el momento en que rechaza toda ética de masas, en que profundiza en su crítica a KANT por haber permanecido en una mera ética de la disposición de ánimo, sin atender al contenido de la acción —el problema de la autonomía—, cuando se refiere a rescatar los valores de la simple eticidad humana, de la *humanitas*, esto es, cuando vuelve a situar al sujeto antes de su pertenencia a cualquier colectivo⁷⁵, desaparecen los rasgos comunitaristas extremos señalados por ALCÁCER. Y, sin embargo, ello apenas supone modificaciones en la función ético-social del Derecho penal⁷⁶, pues, como hemos visto, los bienes jurídicos y su protección son algo inherente, esencial al mismo.

No podemos pasar por alto, sin embargo, que, para complicar las cosas, WELZEL parte de que el valor de acto es relativamente independiente del valor del estado de cosas⁷⁷. Con ello se está refiriendo a que un mismo valor de acto puede estar en relación con diversos bienes jurídicos. Así, por ejemplo, WELZEL habla del valor de acto del respeto a la personalidad ajena y señala que va dirigido a bienes jurídicos como la vida, la salud y el honor de los demás⁷⁸. Aquí sí tiene sentido que HASSEMER quiera hacerlos pasar «por el ojo de la aguja del bien jurídico», como hemos visto antes, pues si la afirmación era incorrecta desde una perspectiva de la génesis de los valores de acto, no lo es en el sentido de que «al ser difusos y fundamentales, quedaría sofocada la concreción y claridad de los bienes jurídicos»⁷⁹.

⁷⁴ Véase WELZEL, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1949, p. 27; «Zum Notstandsproblem», *ZStW* 1951, p. 74. Sobre estas cuestiones y, en general, sobre esta segunda época welzeliana, MELENDO PARDOS, *El concepto material*, pp. 345 y ss.

⁷⁵ Sobre lo anterior WELZEL, «Über die etische Grundlagen der sozialen Ordnung», *Abhandlungen*, pp. 241 y ss.

⁷⁶ WELZEL, «Das Gesinnungsmoment», pp. 258 y ss.

⁷⁷ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 4; por supuesto, ya antes, en «Über den substantiellen», p. 227.

⁷⁸ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 3.

⁷⁹ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 102.

Ahora bien, los valores de acto tampoco se protegen directamente, sino que el seguimiento real de los mismos lo asegura el Derecho penal castigando el abandono de los mismos que se pone de manifiesto en las acciones que quiebran la confianza, que no son honradas, etc. Por ello puede decir WELZEL que «la misión central del Derecho penal radica en asegurar, por medio de la *conminación* penal y la pena, la vigencia inquebrantable de estos valores fundamentales del actuar jurídico para el caso de un alejamiento de los mismos manifestado realmente»⁸⁰. Por tanto, es el desvalor de la acción, el que a través de su referencia a un desvalor del resultado, concreta la clase de alejamiento de los valores básicos que hay que combatir penalmente. De ahí que señale WELZEL la necesidad que tiene un Derecho penal ético socialmente fundamentado de aparecer en tipos delimitados claramente⁸¹. Y la misma comprensión ético social le lleva a destacar la importancia de la culpabilidad y la pena retributiva⁸² —en un sentido, por lo demás, no aceptable en aspectos básicos⁸³—.

En definitiva, la teoría de la protección de los valores ético-sociales de la acción no suele ser expuesta correctamente por la doctrina. De ahí no se deduce, sin más, que la misma sea aceptable ni, mucho menos, que todos y cada uno de sus aspectos lo sean. Pero más allá de las posibles rectificaciones históricas, lo importante, según creo, es que se sientan las bases para una discusión *adecuada* de los distintos planteamientos. No era otro el objeto de este escrito.

⁸⁰ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 2 (cursiva añadida). No puede decirse, por tanto, como hace ALCÁCER, «Fines», pp. 371 y ss., que esta teoría, como todas las que se fijan en la vigencia de la norma, se centra en el momento de la imposición de la pena. La referencia a la conminación penal —que no es, desde luego, nueva (véase ya «Das Gesinnungsmoment», p. 263)— es evidente.

⁸¹ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 8 y 9; algo distinto, utilizando el concepto de tipo en sentido no técnico, «Über den substantiellen», p. 235.

⁸² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, pp. 9, 238.

⁸³ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 239, sobre la necesidad de que la pena se experimente como un mal (aspecto del efecto, dentro de la faceta personal de la pena).