

LAS TEORIAS JURIDICAS DE LA ACCION (*)

ARTHUR FRIDOLIN UTZ

Vamos a abordar aquí, muy someramente, las distintas teorías sobre la acción; veremos el conflictivo tema desde dos primordiales enfoques: moral y Filosofía del Derecho.

En primer lugar, corresponde acotar a la llamada teoría *causalista* o teoría causal de la acción; que, como bien sabemos, se basa en la estructura interna de la causalidad a través de un doble ángulo: el exterior, reservado al problema de la *antijuridicidad*, y el interior, relativo a la cuestión de la *culpa*, comprensiva de la intencionalidad en el agente. Metodológicamente hablando, esta orientación encara adecuadamente a este resbaladizo capítulo del Derecho penal, en cuanto apunta en primer término al sector objetivo de la acción antijurídica. Con ello, determina —rápidamente comprobamos— que el juez que juzga los delitos deba antes que nada conocer aquello que *realmente ha sucedido*.

Veamos un ejemplo: el caso tan citado de una costurera que hince con una tijera a otra costurera, que sufría de leucemia; en primer lugar, claro, debemos averiguar los efectos de la acción física: si la pinchadura con la tijera, por de pronto, fue fatal o no para la víctima. De inmediato, debemos saber si hubo dolo o solamente una culpable impruden-

(*) Capítula de la obra *Sozialethik. Rechtsphilosophie*, II, F. H. Kerle Verlag, Heidelberg y Verlag E. Nauwelaerts, Lovaina, 1964, ps. 171 - 176.

cia o bien ninguna de esas dos hipótesis. Sentado todo ello, debemos preguntarnos en qué medida la consecuencia de la acción queda comprendida en el dolo o en la culpa; y así, en suma, podremos determinar el grado de culpabilidad que ha de achacarse a la costurera.

Este análisis causal, urge apuntar ahora, puede a veces estar bien reñido con la justicia propia del caso. En efecto, si sólo apuntamos al dolo para imputar la culpa podría ocurrir —verbigracia— el caso del jefe de una banda de ladrones que al cometer robos con fractura o efracción no causa él la rotura sino que la deriva a sus cómplices. Rápidamente vemos aquí que el sujeto más peligroso no es aquel que física o históricamente comete la fractura sino quien la determina; y claro que no podemos premiar esa obvia astucia.

Por todo ello, la teoría subjetiva se ha preocupado por hacer que el dolo quede abarcado por los hechos externos del hombre. Embarcada en esa posición, esta teoría busca verificar el comportamiento subjetivo del autor y de sus partícipes, para poder determinar así el *animus auctoris* o el *animus socii* del caso. Con ello, por ejemplo, se reprime y sanciona a quien dio una orden lesiva, aunque no haya intervenido para nada en la concreción material del hecho punible. De todos modos, esta teoría de que hablamos no ha disfrutado de mayor aceptación entre los penalistas precisamente por carecer de las notas objetivas distintivas —ambos *animus*— relacionados; en todos los supuestos, la circunstancia causal exterior comprende la premeditación enderezada hacia una cierta finalidad.

Hans Welzel (¹), por su lado, al propugnar su teoría finalista de la acción, demuestra prevalente preocupación respecto de este elemento “final”. Para Welzel, recordamos, el dolo es —y palmariamente— una nota del supuesto de hecho; nota que precisamente va a perfilar, en un sentido u otro, a

(¹) WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Bins Einführung in die finale Handlungslehre*, Gottinga, 1961. Cfrar. al respecto, también, una noticia sobre la tercera edición en nuestro *Grundsatzfragen*, t. I, ps. 257 - 259.

ese supuesto. Así, por ejemplo, este autor recuerda el tema de la *tentativa*. Cuando una persona yerra un disparo con arma de fuego dirigido hacia otra persona, el hecho causal externo puede ser equívocamente encuadrado: tentativa de homicidio, tentativa de lesiones, abuso de armas; todo, bien sabemos, conforme la real intención que tuvo el autor del disparo en cuestión. De este modo, si en la tentativa la intención forma parte del tipo penal, lo mismo debe suceder cuando hablamos de una figura *consumada*. Con ello, afirma Welzel, la intención no integra el problema de la culpa sino del tipo penal; no forma parte del mismo, en cambio, la *antijuridicidad*, que debe distinguirse tanto del tipo como de la culpa. Así, para que una conducta sea antijurídica, debe contradecir con el sistema jurídico, no sólo con una norma en particular. Por ejemplo, la norma peculiar prohíbe que matemos, robemos, cometamos adulterio. Pero no todas las veces la comisión de estos hechos, contraria a una ley determinada, es a la fuerza “antijurídica”, ya que, recordamos, el ordenamiento jurídico no se compone solamente de normas (preceptos o prohibiciones) sino además de proposiciones permisivas. De este modo, discurre Welzel, el hecho de “matar” es posible y legítimo en los conocidos casos de legítima defensa en el obrar, de una guerra, etc. En este orden de ideas, la diferencia entre lo contrario a una norma y lo antijurídico es en verdad que muy relativa y criticable. Verbigracia, matar en legítima defensa —y volvemos a esa hipótesis— no es contrario a una ley en cuanto somos realistas y no meramente formalistas; de allí que la distinción de marras no tenga mayor gravitación en el problema tal como lo planteamos. La cuestión de la culpabilidad en Welzel, en cambio, reviste mucha mayor relevancia. Para Welzel, este problema de la culpa sólo aparece cuando se da un tipo penal y una antijuridicidad; culpa, entonces, sería *reprochabilidad*; conforme su concepción, así, una acción es reprochable cuando el autor conocía su antijuridicidad, más que cuando conocía el supuesto de hecho configurativo del tipo penal.

Esta tesis, sabemos, precisamente por distinguir entre *culpa* e *intención*, ha dado en llamarse “teoría de la culpa”.

A esa orientación se opondrá, recordamos, la “teoría del dolo”, que abarca *intención* y *culpa*, afirmándose que la primera —o *dolo*— es parte integrante de la culpabilidad. Tener conciencia de la antijuridicidad de lo que se hizo u omisión es aquí un elemento del dolo de la acción. De modo que si al agente le falta esa conciencia de antijuridicidad queda descartado el dolo, aunque haya obrado sabiendo acerca del supuesto de hecho contemplado por el tipo penal. El error sobre la antijuridicidad del hecho cometido, así, excluye la posibilidad del dolo. Comprobaremos también que esta teoría del dolo que nos ocupa, en la medida en que sea advertida como doctrina jurídica pero además éticonatural de la transgresión, posee innegables ventajas en relación a la teoría de la culpa antes relacionada. El simple sentido común —por ejemplo— enseña que un hombre que encierra durante dos horas en su sótano a un niño maleducado —porque cree tener la facultad de sancionar incluso a los hijos ajenos—, no comete la hipótesis de castigo ilegal de niños; puesto que de haber sabido que su acción era prohibida, no la habría realizado. De todos modos, Welzel contesta a este discurso que lo que se reprocha al autor no es su convicción acerca de la antijuridicidad perpetrada, sino más bien la “intención antijurídica”. Como consecuencia, añade Welzel, el problema de la culpa debe resolverse averiguando el juzgador si el agente debía o no conocer la antijuridicidad de su decisión de obrar a la postre delictivamente. Ello, pensamos, es exacto; pero quizás no agote el problema. En efecto, si pensamos que hay acciones del hombre que son por sí mismas tan inmorales o malas que no puede desconocerse que chocan contra una norma jurídica, entonces, ¿se debe también aquí exigir al autor el conocimiento de la antijuridicidad concreta? ¿Hay aquí verdadero dolo? En esta hipótesis serían una misma cosa, por ende, dolo y *reprochabilidad*.

Esta idea de Welzel de distinguir *culpa* y *dolo*, de todos modos, se contrapone con la tendencia generalizada —recordamos— de resolver la culpa atendiendo a la conciencia y al sentimiento de culpabilidad del autor. Es que en definitiva lo más importante para el juez es encontrar y aplicar un parámetro lo más objetivo posible, cosa de reprochar al imputado una intención y una gestión antijurídicas, de manera de considerar a la culpa a través de un fallo de alguna manera “controlable”. Es que si pretendemos encontrar un criterio “abstracto” para resolver este acuciante problema de la culpa, ajeno a la conciencia de culpabilidad, vamos a caer en el normativismo que al respecto propugna por ejemplo Kelsen: normativismo en el sentido de la teoría pura del Derecho. Para Kelsen, en efecto, deben separarse, y nítidamente, la culpa jurídica de la culpa moral. La culpa ya no es más el autorreproche del autor; es más bien la reprochabilidad de una acción de acuerdo con los cánones o reglas previos de la sociedad: “El Derecho debe buscar reglamentar situaciones *posibles* y *típicas*. De allí que en orden al Derecho penal el culpable sea todo aquel que no respondió a esas exigencias. Y de allí también la siguiente conclusión: en el Derecho penal la culpa se da cuando operan las circunstancias externas e internas del caso y la antijuridicidad, y cuando a la acción investigada se le pueda achacar: hubiera podido, debía, obrar de otra manera” (2).

En rigor de verdad, este criterio normativista acerca del problema de la culpa no es tan normológico como su propio nombre —claro— lo sugiere, o pudiera parecer a primera vista. En efecto, debemos preguntarnos aquí de dónde se toma en definitiva esta regla. En la persona hipotética que en la circunstancia del caso hubiera debido obrar de otra manera se sobreentiende existe un sentimiento inevitablemente subjetivo; en caso contrario, ¿cómo podría decir el juez que hubiera debido o podido hacerlo? El pará-

(2) MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Studienbuch*, Munich - Berlín, 1960, p. 127 y sigtes.; A. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, p. 226.

metro, aquí, sabemos, lo dan “las pautas razonables y generales que se han de esperar de un hombre de carácter” (3).

Con todo ello nos adentramos en una cuestión netamente filosófica: ¿es posible distinguir la culpa jurídica de la culpa moral? A poco nos ocuparemos de este *quid*. Pero sin dejar de señalar, y apremiamente, que lo relevante es también en este tema elaborar una teoría que satisfaga lo menor posible la exigencia de la seguridad jurídica; en ese orden de ideas, bien sabemos que para la filosofía del derecho es fundamental hasta dónde esta seguridad jurídica puede invadir el área de la justicia.

Toda tesis que inserte la culpa en el dolo no puede hablar de “reprochabilidad” sino únicamente de “reproche”; más exactamente, de reproche de la conciencia. Este problema es bien conocido en el Derecho canónico; ordenamiento en el cual, recordamos, quien según su conciencia no tenga culpas graves no puede incurrir en la excomunión *latae sententiae*. Desde luego que la conciencia de culpa no debe resultar a la fuerza de un sentimiento o captación de valor; bastando aquí la conciencia de que es malo todo dolo en cuanto es precisamente eso: dolo. Esta teoría del dolo, si se explyaya de una manera *iusnaturalista* (por ejemplo Arthur Kaufmann), adquiere connotaciones que pueden conducir a consecuencias distintas a las barajadas por la teoría normativista.

En efecto, quien amparado en los programas del Derecho natural piense que en determinados delitos el injusto se da notoriamente aunque no haya habido un tipo legal-penal específico previo dado lo obvio del entuerto, no podrá separar la intención psicológica de la culpabilidad, ni, claro, a la inversa. De esta manera, ¿hubiera debido el autor, aplicando su conciencia, saber que el hecho que cometía era antijurídico? Acá las respuestas pueden ser diferentes en

(3) MEZGER, *Schul und Persönlichkeit*, Marburgo, 1952, p. 15; Kaufmann, *op. y loc. cit.*

cuanto, hemos visto, adoptemos una u otra posición filosófica: iusnaturalismo, o bien teoría normativa de la culpa, separada de la idea del dolo.

Corresponde ahora, si el lector lo permite, examinar un hecho que por su configuración propia posea indudable carácter moral; por ejemplo, el caso del aborto. En el aborto realizado por una necesidad ética (verbigracia en caso de estupro), ¿podemos separar el problema del dolo del problema de la culpa? La teoría de la culpa lo preconiza así, conforme su versión normativista —que hemos ya repasado— acerca de la culpabilidad. Verifica que el médico interviniente en el aborto ha practicado libremente la extracción del feto del seno materno, y luego pregunta hasta qué punto debía y podía saber que su gestión abortífera era anti-jurídica. De este modo, quien halle que el asunto del aborto es solamente de legislación positiva lo encarará conforme esas pautas; quien, en cambio, crea que está un juego un problema de conciencia moral, juzgará mucho más severamente un posible error del médico que practicó el aborto en cuestión cuando legalmente no debía hacerlo.

Proponer el problema por estos carriles nos hace re-preguntarnos si las acciones realmente inmorales no son también *antijurídicas*, aunque expresamente no estén sancionadas por el Derecho positivo. Se trata, comprobamos, de la radical identidad entre culpa moral y culpabilidad jurídica.