

**CARLOS ALBERTO BELLATTI**

**ACCION Y RESULTADO EN EL INJUSTO EN LA DOGMATICA PENAL ALEMANA**

**SUMARIO:**

**I. PALABRAS PRELIMINARES**

**II. LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO Y SU RELACION CON LA ANTIJURIDICIDAD**

**III. CONCEPCIÓN VALORATIVA O IMPERATIVA DE LA NORMA PENAL**

**IV. LA CONCEPCION DE LO INJUSTO EN EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL**

**V. EL DESVALOR DE ACCIÓN COMO UNICO COMPONENTE DEL INJUSTO**

**VI. TEORIAS DUALISTAS**

**VII. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES**

**VII.1. CONCLUSION FINAL**

**I. PALABRAS PRELIMINARES**

La disputa que gira en torno al contenido material de la antijuridicidad ha adquirido considerable importancia, no solo en la dogmática jurídico- penal alemana sino también en la argentina y española herederas principales de aquella.

Este trabajo, se inicia con la ponencia del pensamiento de Ernst Beling, quien ha partir de su concepción del tipo penal desarrollada en sus Die Lehre vom Verbrechen-

la teoría del delito- y la tercera edición del Grundzüge des Strafrechts, publicadas en 1906 y 1905 respectivamente, formula importantes consideraciones en relación con el presente trabajo.

Respecto de los autores que se citarán es menester señalar que no están todos los que son, por lo que hemos tratado de realizar una cuidadosa selección de las obras que consideramos de mayor relevancia.

Creemos necesario destacar que las diferentes opiniones doctrinarias que abordamos no constituyen solo un marco sistémico-teórico sino por el contrario, sus derivaciones invaden necesariamente el campo de la medida de la pena y las posibilidades de su exclusión.

En lo que sigue trataremos de aproximarnos a la problemática planteada, esto es si el injusto queda ya constituido con la presencia exclusiva y excluyente del desvalor de acción o a contrario este requiere necesariamente que además concorra el desvalor de resultado, para acercarnos a esta cuestión normativa- dilemática expondremos los problemas esenciales del tema tratado por la dogmática jurídico-penal Alemana para finalmente brindar nuestro punto de vista relativo a la construcción del injusto.

## **II. La doctrina del delito tipo y su relación con la antijuridicidad**

La dogmática jurídico-penal conceptualiza el delito como acción típica, antijurídica y culpable que realiza el autor.

La base de la considerada teoría del delito fue estructurada por F. V. Liszt. En efecto este fue el autor que deslindo la consideración subjetivista del delito y el aspecto objetivo de el mismo.

Introdujo en el derecho penal la idea de la antijuridicidad – previamente acuñada por Von Iherin en el derecho privado- en la segunda mitad del siglo XIX, encausando la teoría analítica del delito con clara formulación al elemento tipicidad.

Consecuentemente la doctrina refiere al esquema Liszt-Beling a fin de explicitar la teoría analítica del delito sobre la base de un poderoso influjo naturalista – causalista- cuya composición se integra con la acción como sustrato fundamental del delito sin llegar a constituir uno de sus elementos, el injusto que surge como el primer elemento delineado, como tipicidad – descriptivo no valorativo- y la antijuridicidad – descriptivo valorativo-.

Como se analizará no resulta ya sostenible una concepción absolutamente objetiva de la antijuridicidad como la que en su momento propone Beling, al aceptar que algunos tipos de delitos contienen elementos subjetivos constituyentes del injusto.

En tal esquema la culpabilidad pasa a tener un contenido puramente subjetivo, en otras palabras lo que el sujeto haya querido realizar con su acción interesa exclusivamente en el ámbito de la voluntad.<sup>1</sup>

Sobre tales coordenadas se acuña la frase “Todo lo objetivo al tipo y todo lo subjetivo a la culpabilidad (Liszt-Beling) entendida esta como un vínculo psicológico que unía al autor con el injusto.

Fácil resulta advertir que este razonamiento conduce inevitablemente a una responsabilidad objetiva en derecho penal, y la aplicación del llamado *Versarii in re illicita*.

Dentro de estas premisas generales, se advierte el rol trascendental que cumple “el resultado” en la conformación del injusto, sobre el esquema de un concepto de acción reducido a un mero proceso causal.

En efecto ha quedado establecido, que aquel autor concibe la antijuridicidad de manera puramente formal como relación de contrariedad con el orden jurídico consecuencia de ello el requisito de antijuridicidad de la acción no debe ser sustituido por otros elementos extra-jurídicos ni tampoco por consideraciones de tipo subjetivas como la dañosidad social.

Sin perjuicio de lo que se termina de exponer, Beling reconoce que el delito encierra una acción socialmente dañosa o peligrosa, sin embargo esto no resulta a juicio del autor conceptualmente necesario y la toma en consideración de aquellos parámetros además de suponer un desconcierto entre el ideal de la legislación y la esencia del producto legislativo, hace desvanecer la inexcusable seguridad en la determinación de las acciones delictivas.

De manera tal que la perspectiva que adopta es meramente inductiva, limitándose a afirmar que una acción punible debe necesariamente resultar una acción antijurídica y cuando el Estado declara punible una acción expresa su desaprobación con el orden jurídico.

### **III. Concepción valorativa o imperativa de la norma penal**

La adopción de una toma de posición respecto de la concepción de la norma penal, resulta en este ámbito de capital importancia.

Los seguidores de una noción imperativa de la norma penal, atribuyen consecuencias fundamentales al desvalor de acción como constitutivo del injusto<sup>2</sup> frente a este tipo de planteamientos afirma Huerta Tolcildo<sup>3</sup> “en tanto se mantenga la tesis de que la norma jurídico penal es, en el terreno de la antijuridicidad norma de valoración<sup>4</sup> postulándose así una concepción absoluta o predominantemente objetiva de ese elemento del delito, lo trascendente a la hora de decidir si una conducta es o no

contraria a derecho, será la constatación de sí ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido, en el correspondiente tipo de delito; o lo que es lo mismo la verificación de la presencia del desvalor de resultado”.

Citando a Rodríguez Mourullo, partidario de esta última concepción afirmará “la antijuridicidad está constituida fundamentalmente y en primer lugar por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, de tal manera el contenido sustancial de la antijuridicidad, está formado por el desvalor de resultado, no cumpliendo el desvalor de acción sino una ocasional función selectiva, referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos”.

Por lo pronto entonces desde una concepción valorativa de la norma penal, el dolo resulta un componente de la culpabilidad y el injusto queda estructurado exclusivamente sobre la base de un desvalor de resultado, esto es un juicio de desaprobación sobre el hecho. El desvalor de acción cumpliría tan solo un rol selectivo.<sup>5</sup>

En este contexto resulta de interés destacar las conclusiones de Armin Kaufmann, quien sostiene que el objeto de la norma de determinación es idéntico – teoría de la identidad- al de la norma de valoración, en otras palabras para el citado autor la acción contraria a la norma de determinación realiza el objeto de la norma de valoración.

Luego de referir a estos conceptos y nociones básicas, sobre las que a la hora de atribuir responsabilidades por acciones o por resultados se ha venido polemizando por años, en nuestra opinión la calificación de una conducta de antijurídica se sostiene no tan solo desde la perspectiva de un desvalor de resultado – lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos- sino que resulta imprescindible considerar el desvalor de acción, en tal sentido participamos de aquel sector de la doctrina que partiendo de la norma jurídico penal como norma de determinación de conductas le

atribuye al desvalor de acción un rol fundamental en la constitución del injusto, sin embargo y como se analizará más adelante este desvalor de acción no resulta ni exclusivo ni excluyente en la estructura del injusto.

En relación a lo que terminamos de exponer, se podrá afirmar entonces que cualquiera sea la toma de posición respecto a la teoría de la composición y estructura de la norma penal, en tanto de ciencia se trata la perspectiva crítica resulta más que obvia.

Se ha dicho en este sentido que la ciencia vive de la crítica mutua y muere con la disposición a renunciar a la actitud crítica.<sup>6</sup>

#### **IV. La concepción de lo injusto en el pensamiento de Hans Welzel**

Cualquiera sea la opinión que se tenga respecto de la teoría del injusto es innegable la importancia histórica- que se proyecta hacia el futuro- del pensamiento welzeliano.

Por lo que bien merece la pena formular los lineamientos directrices, en lo que al tema tratado se refiere.

El maestro de Bonn, reflexiona de la siguiente manera:

Le asigna al desvalor de acción el carácter de objeto primario del derecho penal, el que abarca el desvalor de resultado – en los delitos de resultado- sin necesidad que exista conexión entre ambos.

Consecuente con su pensamiento afirma Welzel, la posibilidad de que exista desvalor de acción sin desvalor de resultado, en los denominados delitos de mera actividad y en la tentativa inidónea.

Asimismo admite la presencia de desvalor de resultado sin desvalor de acción, en los casos de riesgo permitido<sup>7</sup> en los cuales se produce un resultado negativo.

El núcleo de los delitos imprudentes queda fundamentado según Welzel completamente con el desvalor de acción, el resultado solamente cumple una función de selección dentro de él exclusivamente en relación con su punibilidad.

En tanto en lo que se refiere a los delitos dolosos asevera “en la mayor parte de los delitos es sin duda esencial una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, empero solo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico – el desvalor de resultado- tiene relevancia en el derecho penal, en el seno de una acción personalmente antijurídica.”<sup>8</sup>.

De este modelo surge la noción que indica la imposibilidad de prohibir causar un resultado, sino que solo un actuar dirigido por la voluntad puede ser objeto de prohibición.

Lo relevante en Welzel es que el desvalor de resultado no resulta ser un elemento independiente de la constitución del injusto – junto al desvalor de acción- de los delitos dolosos, sino todo lo mas un elemento aumentante del injusto<sup>9</sup>.

La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es injusto personal<sup>10</sup>.

En síntesis el criterio general que propone Welzel resulta explicitado por Hans Joachim Hirsch<sup>11</sup> fiel propagador de las ideas de su maestro, quien afirma “ De acuerdo con la teoría personal de lo ilícito, el dolo y la culpa, ya no son formas o elementos de la culpabilidad, sino que el dolo del tipo, constituye un requisito subjetivo del tipo de ilícito del delito doloso, así como la infracción al deber de cuidado, referida especialmente a la previsibilidad del resultado, concierne al tipo de lo ilícito del delito culposo”.

Manifiesta el citado autor, “la comprobación de una dogmática, dirigida unilateralmente al desvalor de resultado no acierta con la esencia de lo ilícito del delito. Tal dogmática conlleva una extensión del tipo carente de contornos y descuida el hecho de que las normas son prescripciones del comportamiento y su trasgresión requiere, consecuentemente un desvalor de conducta”.

De lo expuesto entiende Hirsch que el resultado en los delitos dolosos es parte de la acción, atento que el mismo es parte de la voluntad dirigente del actor.

De tal forma la problemática de la ubicación del resultado quedaría enmarcada exclusivamente en la imprudencia, donde la voluntad no esta dirigida hacia el resultado.

Como consecuencia de lo hasta aquí analizado parece desprenderse del pensamiento de Welzel – aunque él no lo afirme expresamente- que el rol que le asigna al resultado en los delitos culposos, difiere del que tendría en los delitos dolosos.

En efecto en la imprudencia, el desvalor de injusto quedaría constituido solo con el desvalor de acción, quedando el resultado relegado a una mera condición objetiva de punibilidad, en lugar en los delitos dolosos, no se desprende de su pensamiento que el injusto resulte constituido con la sola presencia del desvalor de acción, tan solo afirma que no, en todos los casos será necesaria la concurrencia del desvalor de resultado.

En esta inteligencia resulta interesante señalar la opinión de Lüderssen –Die Strafrechtsgestaltnde- quien sostiene, “Welzel solo afirma expresamente que el resultado cumple una condición objetiva de punibilidad respecto de los delitos



culposos, aunque todo parece indicar que cumpliría la misma función en los delitos dolosos.”

Hay prácticamente unanimidad de pareceres en afirmar independientemente de la teoría final de la acción que la antijuridicidad resulta ser siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, lo cual deriva de la ubicación del dolo y de los elementos subjetivos del tipo al tipo, argumentación esta última que obedece a razones no ontológicas sino esencialmente valorativas, conforme el estado actual de la doctrina alemana.

## **V. El desvalor de acción como único componente del injusto**

La dogmática jurídico penal actual reconoce casi sin excepciones, el desvalor de acción en la constitución del injusto, no ocurre lo mismo respecto del rol que le cabe al desvalor de resultado.

El punto de partida de nuestra reflexiones debe necesariamente surgir de la frase que proviene de un rescrito del emperador Adriano y que nos ha llegado a traves del Digesto (48, 8, 14) “In maleficios voluntas spectatur, non exitus” en las malas acciones decide la voluntad y no el resultado.

Se podrá argumentar en rigor, la perdida de incidencia del resultado en la constitución del injusto. En este sentido resulta imprescindible ponderar el pensamiento de Diethart Zielinski<sup>12</sup>.

El profesor de Hannover y uno de lo mas destacados discípulos de Armin Kaumann, afirma, el desvalor de resultado no constituye un elemento a sumar al desvalor de acción y así aumentar el injusto, por el contrario vendría a formar parte del propio desvalor de acción, por lo que su rol resultaría ya cumplido en la constitución del injusto.

De tal forma en la ingeniería de Zielinski, de la efectiva producción del resultado- lesión o puesta en peligro del bien jurídico- no deviene un aumento del injusto.

El continente dogmático de Zielinski, en relación con la estructura y contenido del injusto, resulta sumamente complejo, sin embargo trataremos en lo que sigue de exponer lo fundamental de su pensamiento.

Para este autor el desvalor de resultado, ilustrado como desvalor de resultado que realmente tuvo lugar, que demuestra ex pos el resultado de la acción, no cumple en su concepción ninguna función ni en la constitución del injusto, que resultaría fundamentado solo en el desvalor de acción ni tampoco en su aumento. Tan solo es de utilidad en los delitos dolosos a fin de diferenciar la tentativa de la consumación, en tanto en la imprudencia cumple un rol motivante de la pena.

Asimismo y conforme lo anterior el desvalor de acción – entendido como desvalor de intención- agota el injusto.

En un breve esquema, las consecuencias del pensamiento de Zielinski, nos presentan las siguientes consecuencias:

a- fundamentar el injusto sobre la base exclusiva del desvalor de acción indica identidad en los contenidos de injusto del delito consumado y la tentativa acabada en tanto existe exactamente el mismo desvalor de acción en ambos. De aquí la necesidad de equiparación en cuanto a margen de su punibilidad<sup>13</sup>

b- en lo que respecta a la imprudencia, el autor no se aparta de su concepción o denominador común, por lo que el injusto imprudente queda configurado por la sola presencia del desvalor de acción, entendido como un juicio de desaprobación que carga el autor por haber omitido el cuidado debido.

La consecuencia que surge inmediatamente no es otra que la de punir la conducta imprudente, sin importar si ha tenido o no consecuencias dañosas, por idéntico

desvalor de acción, en otras palabras resultaría indiferente si en la imprudencia ha sobrevenido un desvalor de resultado o el mismo está ausente.

De tal forma la primera versión dolosa del delito imprudente, como producto de la evolución del finalismo, se halla en la obra de Zielinski<sup>14</sup>, para el mencionado autor tal y como antes expresamos, el resultado no puede cumplir ninguna función en el ilícito del delito doloso, así también es preciso buscar la estructura dolosa en la imprudencia, por cierto Zielinski ve esta tarea solo limitada a la imprudencia consciente, dado que en ella al autor se le representa el resultado, de la misma forma que en el dolo eventual.

Consecuentemente el gran merito de Zielinski consiste en haber llegado a la meta deseada de ver una estructura dolosa en la imprudencia consciente.

Mas lejos aun llega Strunense, afirmando que a la finalidad del agente se extienden las circunstancias fundamentadoras del injusto, que denomina "finalidad jurídicamente desaprobada", la que en su concepción constituye el delito imprudente, de manera tal que lo injusto del dolo y de la imprudencia muestran una estructura idéntica.

En los delitos conscientemente imprudentes el ilícito consiste entonces en una acción – final- contraria a la norma, la cual en tanto acción es contraria al deber, el resultado producido tiene junto a ello, sobre el ilícito tan poca influencia como la que tiene en los delitos dolosos entre los cuales deben ser incluidos los delitos conscientemente imprudentes.

La problemática de los delitos cometidos – conscientemente- de modo imprudente reside exclusivamente en la formación de la norma, en hallar y describir las acciones prohibidas típicamente peligrosas que solo no están prohibidas si se ejecutan precauciones de seguridad que alejen el peligro.

En síntesis consecuente con su posición teórico normativa, Zielinski, excluye el desvalor de resultado del injusto, tanto como resultado efectivo, como en la forma de capacidad objetiva de la acción.<sup>15</sup>

## **VI. Teorías dualistas**

En apretada síntesis trataremos en lo que sigue de explicitar la llamada concepción dualista.

Ante todo corresponde conceptuar el marco teórico dentro del cual desarrollaremos el presente subtítulo, en efecto la concepción dualista a diferencia de la recientemente analizada, proyecta expresamente como elementos constitutivos del injusto tanto el desvalor de acción, como el desvalor de resultado.

Por lo pronto habrá que indicar las variantes que pueden distinguirse en el seno de esta postura.

Así parte de esta doctrina identifica desvalor de acción con el desvalor de intención, esto es como el juicio de desaprobación con el que carga el autor por haber tomado la decisión de actuar en forma típica.

Desde otra perspectiva se ha postulado, que además de comprender lo anterior, existen en el injusto -como desvalor de intención- una serie de elementos objetivos que describen la forma y clase de perpetrar el hecho, que en la versión anterior quedarían en la esfera de desvalor de resultado, y que en definitiva resulta a nuestro juicio la correcta doctrina.

En consecuencia los que sostienen la identificación entre desvalor de acción y desvalor de resultado, lo hacen, partiendo de una conclusión necesaria que resulta de interpretar la norma penal como norma de determinación de conductas. Por lo que

solo bastaría para configurar el desvalor de intención la presencia de acciones finales, quedando fuera el objeto de la acción y sus modalidades.

El segundo argumento, con base exclusivamente en el desvalor de acción -como desvalor de intención acepta que en la hipótesis delictiva, tanto el objeto como las modalidades de la acción ya están en la mente del autor.<sup>16</sup>

Como consecuencia de lo hasta aquí expresado cabe entonces una primera y necesaria aclaración, las llamadas teorías subjetivo- monistas como las teorías dualistas en sus dos versiones recientemente indicadas, resultan perfectamente compatibles con una concepción imperativa de la norma. La opción por una u otra dependerá al menos así lo concebimos de razones de política criminal.

Así y tal como lo expresáramos con anterioridad, proyectar el injusto exclusivamente sobre el desvalor de acción, dejando fuera de la fundamentación del mismo el desvalor de resultado se sustenta a juicio de Claus Roxin<sup>17</sup> en dos argumentos:

a- las acciones y no los resultados resultan materia de prohibición.

b- la producción o no del resultado ha de ser irrelevante para la fundamentación del injusto, en virtud de que su producción o no resulta producto del azar<sup>18</sup>.

A fin de reforzar su posición el profesor de Munich, asevera “si por ejemplo dos personas disparan con animo homicida a un tercero y una de las balas le alcanza mortalmente, mientras que la otra no acierta a dar a la víctima, según esta teoría ambos han realizado el mismo injusto y han incurrido en la misma culpabilidad.”

Roxin se opone enfáticamente a esta concepción del injusto, en la que habría que equiparar en punición el hecho consumado y el intentado – o al menos la tentativa acabada-.

Afirma por otra parte, que en la imprudencia no existiría posibilidad de hacer depender la punibilidad de la producción del resultado, a contrario solo se vincularía a la infracción de cuidado, aunque la misma no lesione bien jurídico alguno.

De tal forma a su juicio la frase que indica que en las malas acciones rige la voluntad y no el resultado, resulta correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas.

Así las cosas afirma Roxin “en derecho penal no hay injusto de resultado sin injusto de acción.”

Consecuentemente la realización típica supone tanto un desvalor de acción como un desvalor de resultado. El análisis que efectúa este autor es muy amplio y se apoya en el tratamiento diferente del desvalor de acción, según la formulación que adopte en el caso concreto, de dolo o imprudencia, de tendencia, y de cualidad de la acción, asumiendo en igual sentido la diferente configuración del desvalor de resultado, se trate de consumación o de tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro. Incluso advierte que hasta en los llamados delitos de mera actividad – como el allanamiento de morada- esta presente el resultado externo aunque resulte inseparable de la acción.

De este modo el injusto se estructura siempre sobre la base de la unión de ambos.

Hans-Heinrich Jescheck, sin duda uno de los mejores penalistas alemanes cuya obra ha tenido gran influencia en los teóricos de habla hispana, participa de la importancia de ponderar dentro de la dogmática actual el desvalor de acción y el desvalor de resultado en la configuración del injusto.

De tal manera predica el insigne tratadista, la inviabilidad de las ideas de quienes sobre una dogmática del injusto entendido de modo final, defienden la posición, de

que únicamente la voluntad de acción configura el injusto, en tanto el desvalor de resultado carecería de toda relevancia en tal ordenación.

En tal sentido afirma “está concepción monosubjetiva debe ser rechazada, el injusto no consiste solo en la relación entre la voluntad de la acción y la orden normativa, sino que radica igualmente tanto en la realización de la voluntad de la acción como en ese daño social que el lesionado y la comunidad sufren por el hecho y debe ser evitado conforme a la valoración normativa. Tan solo en la acción se materializa el riesgo para el bien jurídico protegido, y la voluntad de la acción no es más que una parte del injusto de la acción.

La eliminación del desvalor de resultado en el injusto conduciría a consecuencias político criminalmente inaceptables. Así en el hecho doloso habría que equiparar la tentativa acabada a la consumación (obviamente por idéntico desvalor de acción) y en el hecho imprudente habría que conminar con pena todo comportamiento considerablemente contrario al deber de cuidado”<sup>19</sup>.

Dentro de una concepción que incorpora nuevas adhesiones, el catedrático de la universidad de Friburgo, juzga equivocada la ubicación del dolo exclusivamente en el tipo de injusto postulando su doble ubicación.

De tal manera, como factor conclusivo de la dirección del comportamiento el dolo constituye el eje central del injusto típico, sin embargo como elemento formador de la voluntad del autor perteneciente a la culpabilidad resulta invariablemente un componente de esta.

De tal forma en el injusto el dolo resulta portador del sentido de la acción contrario a la norma jurídica; en la culpabilidad en cambio resulta portador del desvalor del modo de pensar referente al hecho.

En hipótesis como las referidas no debemos dejar de considerar el esclarecedor pensamiento de Maurach<sup>20</sup>, quien afirma la necesidad de evitar posiciones extremas en la construcción del injusto, reconociendo que tanto la acción como el resultado resultan componentes de igual jerarquía en la construcción del injusto, por tal motivo debemos considerarlos uno al lado del otro.

Critica las concepciones de Jakobs y Stratenwerth, en cuanto a la incorporación de elementos subjetivos de la acción punible en el ilícito de acción, lo que implica vaciar el concepto de culpabilidad, advierte sobre el peligro que encierra la posición de considerar ya a la lesión de deber individual de cuidado dentro del ilícito de acción y por ende dentro del tipo de delito culposo, con este razonamiento dice el maestro, se podría considerar en el delito doloso que la actuación de un error de prohibición inevitable resultaría una cuestión propia del ilícito de acción.

A fin de proporcionar mayor claridad sobre su posición utilizamos sus propias palabras “la retirada del desvalor de resultado tras el de acción tendría consecuencias poco felices. Un empequeñecimiento semejante del componente de resultado conduciría, por último a concebir el resultado como una mera condición objetiva de punibilidad (Cfr. A. Kaufmann, *Welzel-Festschrift*, 411) la consecuencia político criminal debería ser el reemplazo de los delitos de resultado por tipos de peligro y la equiparación de la tentativa al delito consumado”.<sup>21</sup>

## **VII. Recapitulación y conclusiones**

No esta en discusión que la subjetivización del concepto de antijuridicidad material completada por la nueva ubicación del dolo nos dio como resultado un cambio del concepto material del injusto.

Así los elementos personales del tipo penal fueron moldeados conjuntamente con el dolo bajo el concepto de elementos personales del injusto y encontrados como opuestos como desvalor de acción o desvalor de resultado.



Es harto conocida la influencia que ha tenido la ponderación del desvalor de acción por sobre el desvalor de resultado en los estudios dogmáticos contemporáneos, de la misma manera debe realizarse la calidad científica de sus seguidores, sin embargo a la hora de tomar posición conforme las opiniones vertidas por la doctrina con relación al tema nosotros participamos de la creencia de que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado resultan elementos constitutivos del injusto penal tanto en el ilícito doloso como imprudente.

Desde nuestro análisis el desvalor de acción se proyecta como desaprobación que recae sobre la acción, junto a éste el desvalor de resultado aparece como indispensable en la misma constitución del injusto.

De tal forma esta concepción deviene absolutamente compatible con la menor cantidad de castigo del delito tentado frente a la consumación y la exigencia ineludible de la lesión del bien jurídico a fin de punir la conducta a título de delito imprudente<sup>22</sup>

Por otra parte no cabe duda que las mayores objeciones que propone la tesis subjetiva-monista respecto de la exclusión del resultado del injusto se centran en el análisis del instituto de la tentativa.

En efecto podría aseverarse que en la tentativa el injusto se estructura sobre la base del desvalor de acción<sup>23</sup> en función de constatar la falta de lesión del bien jurídicamente tutelado.

No sería incorrecto afirmar que en el delito tentado esta ausente el resultado típico apreciado desde la óptica naturalista, de tal manera que en función de este argumento, podemos suponer que la reducción punitiva obedece a la ausencia de uno de los elementos sobre los que se alinea el injusto del delito consumado a decir verdad podríamos alegar también que cierto desvalor de resultado esta presente en la tentativa en tal sentido baste observar la puesta en peligro del bien jurídico que

admitiríamos como explicación de un más acotado marco punitivo dentro de una estructura de comparación con el injusto del delito consumado.

Lo expuesto asume invariablemente un mayor grado de complejidad al abordar la problemática de la tentativa inidónea, en efecto en ella existe invariablemente imposibilidad de ejecución o producción del delito, sin embargo y ante la posibilidad de que resulte la impunidad de determinados tipos de injusto la dogmática española a considerado la aceptación del criterio de imputación objetiva del resultado en los tipos comisivos dolosos, así el resultado de peligro deberá según esta concepción resultar considerado ex -ante de que aparezca como realizador del peligro creado o aumentado por el agente, empero las razones y fundamentos que se señalan no impiden la posibilidad de estimar la presencia de un desvalor de resultado que conforme el principio de ejecución ya a puesto en peligro el bien jurídico protegido.

Lo expuesto no significa dejar de reconocer el menor desvalor de resultado en el delito tentado del que irrumpe del delito consumado.

De allí que compartamos el pensamiento de la doctrina española en el sentido de considerar que el fundamento de la punición de la tentativa resulta puramente objetivo, esto es el distinto grado de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico, en lugar del diferente desvalor de acción.

Queremos expresar asimismo que los supuestos de tentativa absolutamente inidónea constituyen a nuestro juicio supuestos de ausencia tanto de desvalor de resultado, como de desvalor de acción.

En conclusión y conforme la temática abordada debe entenderse que la solución que ponemos a consideración del lector pasa por admitir que en la tentativa idónea esta presente tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado.

En cambio a nuestro juicio no sucede lo mismo con la llamada tentativa inidónea en la cual no cabe la posibilidad de admitir la presencia de desvalor de acción ni de resultado, en efecto el error del autor relativo a idoneidad del medio empleado resulta por demás grosero en función de lo cual la perturbación del bien jurídico resulta mínima, sin posibilidad de sufrir lesión o peligro.

Internándonos en la problemática específica que plantea la cuestión de la punibilidad, en la tentativa, consideremos la hipótesis que plantea Stratenwerth<sup>24</sup> luego de dejar planteado la discusión que impera en la doctrina alemana respecto de la atenuación obligatoria de la pena en el delito tentado y respecto a la equiparación de la tentativa acabada con el delito consumado, reservando dicha atenuación a la llamada tentativa inacabada, afirma el catedrático de Basilea.

“Por cierto no se trata únicamente de la atenuación de la pena. Si la tentativa (acabada) fuera igualmente merecedora de pena que la consumación, se tendría que poner bajo pena, consecuentemente, en todos los delitos dolosos sin excepción. Del hecho de que una tal expansión de la punibilidad tendría pleno sentido, no parecen convencerse sin embargo, tampoco los defensores de una teoría del ilícito puramente subjetiva. Zielinski ofrece aquí, antes bien, la solución de atribuir la significación de la producción del resultado a diferencias de la necesidad de pena, recurre por tanto- consecuente con su criterio- a las tesis que han sido desarrolladas para las condiciones objetivas de punibilidad. Pero con ello entra en juego otra dificultad. Las circunstancias de las cuales depende no el merecimiento de pena, sino solo la necesidad de pena, son per definitionem, aquellas que residen fuera del ilícito reprochable que, por tanto, pueden poner de manifiesto este ilícito, pero no co-fundamentarlo. A consecuencia de esto, entre la conducta merecedora de pena y la condición objetiva de punibilidad ni siquiera hace falta, según la naturaleza del delito respectivo, que exista una relación causal, ni mucho menos una relación de evitabilidad.”

Luego de establecer dos ejemplos, que confirman su tesis, continua el pensamiento esclarecedor del autor “Si uno trasladara los principios correspondientes, al castigo de la tentativa no existiría ninguna necesidad de exigir un resultado que éste en una relación interna con la conducta prohibida. Tendría que bastar que el resultado pueda poner de manifiesto de cualquier modo a la tentativa, aun cuando, por ejemplo como en la aberratio ictus se produjera en otro objeto que en el agredido o, como en una tentativa de homicidio que conduce a la enfermedad de la víctima, es de una clase completamente distinta de la que quería el autor etc. Esta consecuencia, ciertamente tampoco quiere extraerla Zielinski. El intenta apartarse de ella con la afirmación de que el resultado producido sería entonces la manifestación de la desatención de la prohibición, solo cuando él es precisamente la realización del disvalor, cuya evitación constituye la meta de la norma. Con ello, sin embargo, se desmiente, en retroceso todo aquello que antes se había dicho sobre la falta de todo puente entre el disvalor de resultado y el acto final, sobre la casualidad de la producción del resultado; si el resultado es siempre un producto de la casualidad ¿como es posible entonces que solo la producción exactamente del resultado abarcado por el dolo del autor manifieste el ilícito cometido?”

Ciertamente que – como puede advertirse -este mismo autor señala, los peligros que acarrea eliminar el desvalor de resultado de toda consideración del injusto, en este mismo sentido Hans J. Hirsch<sup>25</sup> al considerar un sector de la doctrina que interpreta que lo ilícito del delito doloso se agota ya en la tentativa acabada. En tanto el agente ha realizado todo aquello que en función de su representación mental debe conducir a la causación del resultado que ha querido, por lo que la no producción del resultado nada nos indica respecto de la realización del injusto.

Respecto de tal consideración el más fiel discípulo de Welzel enseña, que en tanto el resultado no se produce refleja que no le ha sido posible al autor la conducción del curso causal en la medida que debió resultar necesaria a fin de conducir su voluntad.

“El autor no ha logrado determinar el curso causal en consonancia con el dolo, por lo que la acción no se habrá consumado con el acto dirigido a producir el resultado sino con la realización material de lo querido.”<sup>26</sup>

Lo dicho no encierra – quede esto bien claro- ninguna actitud despectiva hacia los doctrinarios que admiten la estructura del injusto sustentada solo en el desvalor de acción, empero es justo decirlo a nuestro juicio excluir el desvalor de resultado del injusto equivale a representar Hamlet sin el príncipe.

Para finalizar con esta reseña doctrinaria, nos resta considerar los diferentes enfoques que se han expuesto respecto del delito imprudente.

Hay prácticamente uniformidad de pareceres en sostener que la conducta infractora de un deber objetivo de cuidado no resulta suficiente por sí sola para que nazca el injusto del delito imprudente, en efecto es preciso además que ella resulte acompañada del desvalor de resultado.

Resumiendo: la llamada imprudencia sin resultado es impune.

Ciertamente que – como corresponde advertir- los sostenedores de la teoría monosubjetiva, con sustento en la teoría de las normas de Armin Kaufmann, coinciden en señalar que en los delitos imprudentes el resultado cumple solo una función de selección, en otras palabras selecciona entre todas las infracciones de normas de cuidado aquellas que deben resultar punibles.

Naturalmente aquí surge una cuestión que no podemos eludir y que consiste en la imposibilidad de esta teoría, de explicar la razón por la cual si el injusto del delito imprudente deviene de la infracción de la norma de cuidado no resulta punible, hasta tanto exista lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado.

Por otra parte la posibilidad de equiparación de pena que correspondería a la imprudencia con o sin resultado- conforme la teoría monosubjetiva- conduciría

irremediamente a un esquema de irracionalidad, deslegitimando el cabal ejercicio del poder punitivo.<sup>27</sup>

Por último y dentro del debate planteado, Günter Jakobs traza una original solución a la cuestión tratada, en efecto para el Profesor de la Escuela de Bonn, el debate que gira en torno a la pertenencia o no del resultado al injusto resulta relevante tan solo si se la entiende como disputa en torno al concepto de injusto que mejor sirva a la sistematización de un derecho penal que se propone ante todo la estabilización de expectativas.

Conforme la concepción que defiende Jakobs, no cabe la posibilidad de decidir que, al principio de culpabilidad se opone, que la responsabilidad dependa de la producción del resultado, en tanto la culpabilidad al igual que el injusto no puede concebirse al margen del sistema.<sup>28</sup>

Cabía acotar en este punto que conforme la sistemática del autor citado se prioriza una equiparación del injusto tanto en lo referente a los delitos dolosos como imprudentes<sup>29</sup> en tanto que la acción se representa exactamente de la misma manera.

Para cumplir su propósito Jakobs entiende la acción como expresión de sentido, que consiste en la causación individualmente evitable de determinadas consecuencias que aun en el caso de ser dolosa o imprudente son evitables aquellas causaciones que no se producirán siempre que concurra una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias.

De allí que Jakobs entiende la imprudencia como aquella forma de evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse; en tanto con respecto al dolo la evitabilidad misma existe, sin entrar a considerar la existencia o ausencia de conocimiento.

El factor social nos interesa a fin de desentrañar la propuesta del autor, en efecto, la oferta de Jakobs consiste en esencia en una renormativización de los conceptos jurídico-penales consecuencia de lo cual<sup>30</sup> “ no solo sucede que los conceptos de culpabilidad y de acción – y muchos otros situados en un nivel de abstracción menor – a los que la dogmática del Derecho penal ha atribuido siempre de forma expresa una esencia o – mas vagamente- una estructura (lógico- objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no se puede decir absolutamente nada sin referencia a la misión que ha de cumplir el Derecho penal”.

En dicha interpretación toda la dogmática jurídico penal – incluyendo el tema que nos convoca- debe necesariamente ajustarse a la función social del derecho penal.

#### **VII.1. conclusión final**

Nuestra visión personal respecto de lo que juzgamos como la mejor doctrina a sido desarrollado a lo dentro de la temática del presente trabajo.

Sin embargo conceptuamos necesaria una breve síntesis. Así hemos puesto de manifiesto que, a nuestro entender ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado tienen la misma importancia en la constitución de la antijuridicidad por lo que no concebimos que se presenten como componentes separados. De igual manera no existe entre ellos ninguna jerarquía valorativa ya que ambos contribuyen a la formación de lo antijurídico de la acción.

En nuestra concepción y tal el estado de la dogmática jurídico penal actual, la problemática relativa a la política criminal debe necesariamente configurar el contenido propio de la teoría del delito.

En función de lo expuesto y fundado exclusivamente en razones de política criminal aceptamos que el legislador pueda realzar algún desvalor por sobre otro a la hora de crear la norma, empero ha de tenerse en cuenta el carácter fragmentario del derecho

penal, esto es no todos los bienes jurídicos merecen protección penal sino tan solo aquellos que resultan fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad, lo contrario nos sumerge inevitablemente en la arbitrariedad.

---

<sup>1</sup> E. Beling no admite la inclusión de referencias extrajurídicas dentro del concepto de antijuridicidad por lo que critica la definición del Graf zu Dohna en el sentido de conceptuar como antijurídica la conducta que no puede considerarse como un medio justo para un fin injusto.

También la distinción de Liszt entre antijuridicidad formal y material, afirmando que se trata de manifestaciones externas al derecho. Vid. Ernest Beling L.V.pág.115; 117 y sgtes.

<sup>2</sup> Así Huerta Tocildo “Sobre el contenido de la antijuridicidad” ED. Tecnos. En el mismo sentido Octavio de Toledo “Sobre el concepto del Derecho Penal” Madrid 1981 Pág. 72 y sgtes. Se afirma sin recurrir a la concepción finalista la inserción del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos. Del mismo modo con algunas variantes Jescheck. Trat. De derecho penal Vol. I. ED. Comares 4ta. Edición.

<sup>3</sup> Pág. 18 obra citada.

<sup>4</sup> Partidarios de esta concepción valorativa de la norma son entre otros Rodríguez Morullo “Derecho Penal parte general Madrid 1977 Pág. 76 y 78. también Rodríguez Davesa “Derecho Penal español Madrid 1981.

En Argentina esta concepción ha resultado dominante durante varias décadas. Ver tratados de Derecho Penal de Sebastián Soler y Carlos Fontan Balestra entre otros.

<sup>5</sup> Esta concepción del injusto ha tenido buena acogida en gran parte de la doctrina latinoamericana. Empero entendemos que hoy resulta superada.

<sup>6</sup> Hassemer

<sup>7</sup> Welzel “Estudios de Derecho Penal”. ED. IB de Montevideo-Buenos Aires tomo 6to Colección “Maestros del Derecho penal”. Traducción Gustavo Eduardo Aboso y Tea löw año 2002

<sup>8</sup> El nuevo sistema del derecho penal, introducción a la acción finalista Cerezo MIR Barcelona 1964. en el mismo sentido Armin Kauffmann

<sup>9</sup> Huerta Tocildo obra citada Pág. 28

<sup>10</sup> Hans Welzel “derecho penal alemán ED. Jurídica de Chile.

<sup>11</sup> Derecho penal obras completas Tomo 1 ED. Rubinzal-Culzoni.

<sup>12</sup> Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito ED. Hammurabi traducción Marcelo Sancinetti.

<sup>13</sup> En el mismo sentido A. Kaufmann, quien equipara la penalidad en uno y otro caso.

<sup>14</sup> Obra citada.

<sup>15</sup> Afirma zielinski “el ilícito como la no realización de deberes tiene siempre el carácter de la acción, el disvalor de acción que es fundamentado por la dirección de la conducta a una meta contraria al valor constituye el ilícito. En la medida en que el juicio jurídico de valor –disvalor-primario se realiza en el resultado – la lesión del objeto de bien jurídico- y ese juicio fundamenta el injusto de valor secundario sobre la acción que lesiona el bien jurídico, no existe



---

entre resultado y acción ninguna unión directa que posibilite al disvalor de resultado tener influencia sobre el ilícito. Si el ilícito se agota en el disvalor de acción entonces resulta relevante para él aquellos elementos que están en la relación de finalidad.” Obra citada.

<sup>16</sup> Huerta tocildo obra. citada

<sup>17</sup> Derecho Penal Parte General T. 1 Pág. 323 ED. Civitas

<sup>18</sup> principal argumento de de Zielinski.

<sup>19</sup> Jescheck Trat. Derecho penal Pág. 216 cuarta ED. Comares. Con variantes critican la teoría monosubjetiva Maurach/ Ziff.; Stratenwerth; Rudolphi y Schönke/ Scböder.

<sup>20</sup> Maurach- Zipf- Derecho Penal parte general ED. Astrea.

<sup>21</sup> Maurach obra citada Pág. 272 Tomo. 1ro.

<sup>22</sup> Huerta Tocildo obra citada.

<sup>23</sup> Parte de la doctrina refiere al mismo como desvalor de intención

<sup>24</sup> acción y resultado en derecho penal trad. Marcelo Sancinetti y patricia S.Ziffer ED.

Hammurabi

<sup>25</sup> obras completas tomo I ED. Rubinzal y Culzoni.

<sup>26</sup> J. Hirsch obra citada

<sup>27</sup> sobre esto también, desde una perspectiva de política criminal

<sup>28</sup> Gunter Jakobs Derecho Penal – Parte General- ED. Marcial Pons. Pág. 201

<sup>29</sup> en tal sentido la sistemática de Jakobs se estructura sobre la base de que el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, mas no la protección de bienes jurídicos, así en su concepción el derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad a fin de garantizar la vigencia de las expectativas por el cumplimiento de la norma, en su concepción de la fidelidad en el derecho

<sup>30</sup> “Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günter Jakobs” Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez González; Manuel Cancio Meliá Universidad Autónoma de Madrid. En Estudios de Derecho Penal de Günter Jakobs ED. Civitas