

Diferencias conceptuales entre Conducta Típica, Desvalor de Conducta, Evento, Resultado y Desvalor de Resultado.

*Hugo Morales Valdés**

Sumario: **I.** Justificación **II.** Introducción **III.** Precisiones en torno a la norma **IV.** Conducta y conducta típica **IV.A.** Conducta **IV.B.** Conducta típica **IV.C.** Conducta y desvalor de conducta **V.** Evento, resultado y desvalor de resultado **VI.** Desvalor de resultado e injusto **VII.** Conclusiones

Resumen: El concepto de bien jurídico ha adquirido un papel preponderante para evaluar la antijuricidad de una conducta, así como para ponderar la aplicación de penas y medidas de seguridad. De acuerdo con la Constitución Mexicana, el bien jurídico debe ser claramente dañado o puesto en peligro para que una conducta sea penalmente relevante. Sin embargo, los criterios para identificar el principio de ofensividad deben ser cubiertos mediante el análisis de elementos diferenciados como: la conducta típica, el desvalor de conducta, el evento y el desvalor de resultado.

Abstract: The concept of legal good has acquired a preponderant role in assessing the unlawfulness of a conduct, as well as in weighing the application of criminal penalties and security measures. According to the Mexican Constitution, the legal good must be clearly damaged or endangered for a conduct to be criminally relevant. However, the criteria to identify the principle of offensiveness must be covered through the analysis of differentiated elements such as: the typical conduct, the disvalue of conduct, the event and the disvalue of result.

Palabras clave: Bien jurídico, derecho penal, conducta, tipicidad, antijuricidad, principio de ofensividad.

Key words: Protected legal good, criminal law, actions, crime, defenses, damage to protected legal good.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales en Coahuila

I. JUSTIFICACIÓN

El concepto de bien jurídico es ampliamente reconocido como un elemento que se encuentra subsumido en el ámbito penal como causa de análisis de la antijuricidad de la conducta y generalmente se le relaciona con el aspecto dogmático de la materia. Sin embargo, en la práctica, ha sido poco estudiado, a pesar de que nuestra Constitución Política establece en diversos numerales la necesidad de su protección y evaluación de daño para imponer sanciones.

Recordamos que nuestra Carta Magna, establece en el octavo párrafo del artículo 16, la autoridad judicial, podrá decretar el arraigo de una persona bajo ciertos requisitos formales, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Así mismo, el artículo 22 de la Constitución Política Mexicana establece que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Por otro lado, el Código Penal Federal en los artículos 15 y 52, reiteran la ausencia de un daño o puesta en peligro de un bien jurídico como causas de exclusión del delito y refrenda la obligación de que la autoridad judicial fije penas o medidas de seguridad justas, teniendo en cuenta, entre otros elementos la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiera sido expuesto.

Como se puede advertir, la figura del bien jurídico y la ofensa al mismo ha perdido la fuerza dogmática tradicional para ser un elemento vivo en el marco de la prueba de su existencia, el daño causado y la aplicación de las penas o medidas de seguridad. Precisamente, esta realidad, nos obliga a analizar la relación entre la conducta, la tipicidad y la antijuricidad en el marco del concepto de bien jurídico y, con ello, proponer una fórmula de evaluación del principio de ofensividad.

II. INTRODUCCIÓN

El respeto al principio de ofensividad depende en gran medida de llenar el concepto de “bien jurídico” de manera tal que realmente represente un límite al poder punitivo del Estado. Ahora bien, en virtud de que el concepto de referencia mantiene gran importancia en el completo sistema jurídico-penal, pues todo pronunciamiento en este sentido guarda trascendencia respecto a las consecuencias que el mismo puede producir al interno de la teoría del delito o, a la inversa, cierta formulación que recaiga en alguna de las categorías de la teoría del delito. Por ello, a efecto de hacer patente la conciencia con que se realizan las formulaciones a que hay lugar posteriormente en este trabajo y con el objeto de mostrar coherencia hacia el interior de la estructura de la teoría del delito, resulta necesario fundamentar adecuadamente las ideas presentadas desde una base dogmática.

Este trabajo implica un replanteamiento del estudio sobre el principio de ofensividad de acuerdo con la recomposición de algunos conceptos dogmáticos, con consecuencias importantes en algunas de las categorías de la teoría del delito. En especial, se propone reformular al contenido de algunos términos que se establecieron como grandes “triumfos” de la doctrina finalista de la acción,¹ pues por simple y benévola que pueda parecer la afirmación de que el derecho penal se encuentra limitado a la protección de bienes jurídicos de acuerdo a criterios de “actitud interna”,² es de vital importancia establecer cuál es la parte de la teoría del delito en que se debe estudiar el principio de ofensividad y qué alcances le corresponden de acuerdo a variaciones diversas en la concepción del término “acción” en relación al tipo, así como a la antijuricidad como categorías de la teoría del delito.³

III. PRECISIONES EN TORNO A LA NORMA

En primer término, se debe recordar que la teoría de la acción finalista, desde un punto de vista clásico, se encuentra en franca oposición al principio de protección de bienes jurídicos.⁴ Considerar que toda conducta conculca bienes jurídicos siempre que

¹ Esta afirmación debe matizarse, pues se advierte que la crítica que se expondrá se refiere a una de las vertientes de la escuela de WELZEL que en este trabajo ha sido denominada “finalista radical”, la cual en palabras de SANCINETTI, uno de sus integrantes, termina siendo “más welzeliana que el propio Welzel”. Ver, SANCINETTI. MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2001, página 8.

Sobre el punto, MIR PUIG. SANTIAGO, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en ADPCP, 1988, página 661; SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, página 181 y siguientes.

Como se verá líneas más adelante, en este trabajo se reconsideran ciertos conceptos y se le da un lugar metodológico al concepto de “desvalor de resultado” que tiene perdido por la mayoría de las teorías finalistas. Sin embargo, no todos los autores “finalistas” desconocen el valor de dicho concepto. Por ejemplo, JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 229 y 230.

² En ello se aprecia una contradicción importante, pues como afirma KÖHLER, “con la concepción teleológico-valorativa del delito —después, concepción ético-personal (entendiendo el delito como lesión del bien jurídico, como infracción de un deber, y como desvalor de actitud interna)— se percibe un replanteamiento de la idea de imputación subjetiva. Dicho planteamiento presenta cierta ambigüedad”. KÖHLER. MICHAEL, *La imputación subjetiva: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, traducción al Castellano por PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 2000, página 78.

Por su parte en México, GONZÁLEZ-SALAS OCAMPO. RAÚL, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, Cd. López Mateos, México, 1995, página 71 y siguientes.

³ En forma especial HIRSCH resalta la necesidad de comenzar toda discusión acerca del injusto penal con el concepto de acción. Ver, HIRSCH. HANS JOACHIM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, traducción al Castellano por CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ, Bogotá, 1993, página 23 y siguientes.

⁴ Recientemente, BOTKE. WILFRIED, *Das Straftaterfordernis der Rechtsgutverletzung*, en *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin,

ésta tienda voluntariamente a causar una lesión, ciertamente encuentra coherencia para un sistema en el que, WELZEL⁵ partía de la idea de que los bienes jurídicos eran elementos de valor ético-social.⁶ En tal contexto, es coherente que el centro de la posición del autor se sustentara en la reformulación del concepto de “acción” que, como es bien sabido, entre otras consecuencias, agotaba el injusto con la conducta típica-antijurídica y con la misma se reconocía la producción de un resultado, identificando con ello que la lesión de bienes jurídicos se presenta con la contravención de valores ético-sociales contenidos en la norma prohibitiva.⁷ De esta manera, se aprecia que, en el fondo, los postulados del autor citado y los de JAKOBS, no mantienen una diferencia sustancial en cuanto a que ambos sustentan sus posturas en que las normas jurídicas responden a normas de determinación imperativa,⁸ con lo

2003, página 463; WESSELS. JOHANNES, - BEULKE. WERNER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2003, página 2.

Incluso, esta misión de protección “exclusiva” de bienes jurídicos que le es atribuida al derecho penal, ha sido calificada de misión especial por BAUMANN: “*Besondere Aufgabe des Strafrechts: Rechtsgüterschutz*”. Ver, BAUMANN. JÜRGEN, - WEBER. ULRICH, - MITSCH. WOLFGANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Biefeld, 2003, página 12.

⁵ WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán Parte General*, traducción al idioma Español por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1976, página 92 y siguientes; asimismo, KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, página 90; ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 152.

⁶ Excepcionalmente SANCINETTI acepta el concepto ético-social del concepto de bien jurídico, y en general del derecho penal, con el objeto de adherirse a las tesis subjetivistas radicales del injusto. Ver, SANCINETTI. MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2001, página 94. De hecho, considera ALCÁCER que la razón de la concepción finalista de WELZEL se halla en el fin que éste le atribuye al Derecho Penal: la protección de valores ético-sociales y no a partir de concepto final de acción que en todo caso es consecuencia de la premisa que justifica la intervención punitiva del Estado. Ver, ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 48.

A pesar de las críticas formuladas a WELZEL por su tendencia a la “estilización del derecho penal”, MÜSSIG considera que dicha postura “también puede ser entendida como intento de buscar un anclaje para concepción del bien jurídico en la realidad social, es decir, en la realidad de los seres humanos”. Véase, MÜSSIG. BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, traducción al Castellano por MANUEL CANCIO MELIÁ y ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, Bogotá, 2001, páginas 18 y 19.

⁷ Sobre el tema, POLAINO NAVARRETE. MIGUEL, *Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el Derecho Penal*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 112 y siguientes.

⁸ Recientemente, en la literatura alemana, KÖHLER. MICHAEL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1997, página 10 y siguientes.

En especial, en contra de la postura aquí presentada, SANCINETTI menciona que a su juicio “las normas no son normas de valoración sino normas imperativas de determinación”. SANCINETTI. MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2001, páginas 15 y 16.

que a pesar de que el último de los autores citados remarca la división de caminos con su maestro,⁹ la justificación de la sanción penal en ambos casos se sustenta en función de una contradicción a un juicio de “deber ser” así como en idea de que ésta restablece la conciencia social.¹⁰ Por ello, además de los puntos que se presentan en su oportunidad, la relevancia de la acción “final” para reconocer el agotamiento del injusto, no puede ser aceptada como lo han hecho algunos otros autores en España, especialmente siguiendo al alemán ZIELINSKI,¹¹ cuando su concepto de bienes jurídicos no se sustenta en los postulados primarios de la teoría final de la acción,¹² pues

⁹ JAKOBS. GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción al idioma Español por JOAQUIN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1997, prólogo a la primera edición.

¹⁰ De hecho, JAKOBS llega a afirmar que la teoría de la prevención general positiva “no carece de antecedentes, sino que es próxima, a su vez, a la doctrina de WELZEL según la cual el Derecho penal tiene una *función ético-social*, lo que significa que demostraría la *vigencia inquebrantada* de los valores de acto de la actitud conforme a Derecho, que forma el *juicio ético-social de los ciudadanos* y fortalece su *permanente actitud favorable al Derecho*”. Ver, JAKOBS. GÜNTHER, *Sobre la teoría de la pena*, traducción al Castellano por MANUEL CANCIO MELIÁ, Bogotá, 1998, página 32.

Esta relación WELZEL-JAKOBS es también observada por otros. Ver, SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 204; RUEDA MARTÍN. MARÍA ÁNGELES, *La Teoría de la acción objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, página 411; SANCINETTI. MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2001, página 52 y 378.

La asimilación que se menciona en el texto principal es perfectamente clara con SOLA RECHE, FARRÉ TREPAT y MORENO-HERRERA quienes parten de postulados finalistas de “acción”, como concepto equiparado a “desvalor de acción”, para concluir con la justificación de la sanción penal a partir de “prevención general positiva”, tendiente a estabilizar la conciencia jurídica general. Ver, SOLA RECHE. ESTEBAN, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, página 216; asimismo FARRÉ TREPAT. ELENA, *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986, página 37 y siguientes; MORENO-TORRES HERRERA. MARÍA ROSA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, página 35-44. Por otro lado, se aprecia el adecuado agotamiento del injusto con el estudio de la antijuricidad en NUÑEZ PAZ. MIGUEL ÁNGEL, *El delito intentado*, Madrid, 2003, página 26.

¹¹ Mientras que en Alemania la propuesta de ZIELINSKI fue acogida sólo con reservas, como el mismo autor lo señala en el prólogo de la versión castellana de su obra “*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*”, en España su obra siguiendo un referente para el establecimiento de puntos de partida dogmático-conceptuales.

Véase la postura del autor en ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990.

Otro referente alemán importante en España en KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, páginas 160-161.

Como excepción encontramos que LAURENZO no comulga con la postura final de WELZEL, KAUFMANN, ni ZIELINSKI. Ver, LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, página 50 y siguientes y 98 y siguientes; así CADAVID QUINTERO. ALFONSO, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín, 1998, páginas 118 y 119.

¹² Bajo el sistema finalista, la ofensa de bienes jurídicos no es un elemento que caracterice el ilícito. Los finalistas, para sustentar tal argumento, equiparan el deber de cumplimiento a lo dispuesto por la norma al agotamiento del injusto y, por otro lado, la culpabilidad está representada por la mo-

con ello se produce un cisma irreconciliable a efecto de afirmar que el derecho penal tiene por objeto exclusivo el de proteger bienes jurídicos, entendiendo éstos como intereses jurídicamente protegidos debido a su relevancia programática en el actual Estado Social y Democrático de Derecho.¹³

En primer lugar, para comprender las bases dogmáticas de las consideraciones correspondientes al principio de ofensividad, se debe considerar que existe una diferencia, como dos conceptualizaciones diferentes que se desprenden del término “norma.”¹⁴ Así surge la existencia de lo que se habrá de distinguir como “normas” o “normas primarias” y “juicios de valor normativo” o “normas secundaria sancionadora”¹⁵ que tienen un ámbito de validez que no es necesariamente coinci-

tivación. Ello es ilógico cuando se mantiene la equivalencia entre los términos “bienes jurídicos” y “valores ético-sociales”, sin embargo, quienes critican la abstracción del concepto de bien jurídico mediante dicha equiparación, no podrán alinearse bajo tal postura sin el riesgo de sustentar una fórmula sistemáticamente inconsistente. Por ejemplo, SOLA RECHE establece una serie de postulados y conceptos respecto a la acción, resultado, desvalor de resultado, bien jurídico y causalidad para al final resolver su fórmula de justificación sancionatoria mediante la “prevención general positiva”. SOLA RECHE. ESTEBAN, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, página 216; SOLA RECHE. ESTEBAN, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, en ADPCP, 1994, página 167 y siguientes. Igualmente, FARRÉ TREPAT. ELENA, *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986, página 37 y siguientes; SOLA RECHE. ESTEBAN, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, en ADPCP, 1994, página 167 y siguientes; MORENO-TORRES HERRERA. MARÍA ROSA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, página 69 y siguientes. En sentido opuesto, BUSTOS señala que últimamente se ha renovado la objeción de que “la realización del objeto del juicio de desvalor de resultado se da sólo frente a lo injusto sólo casualmente (ZIELINSKI). Respecto de este planteamiento primero que todo es necesario dejar en claro que no ha de confundirse desvalor de resultado con el resultado de la acción. No es necesario la existencia de un resultado posible de separar claramente de la actividad desarrollada, para que exista un desvalor de resultado, esto es, una afección real del bien jurídico, una perturbación en la estructura de lo que el representa. Así, por ejemplo, el delito de peligro concreto o la tentativa afectan también al bien jurídico, a pesar de que no tienen un resultado posible de separar de la actividad desarrollada. Ver, BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, página 172.

¹³ En el mismo sentido, como se ha visto en este trabajo, se pronuncian CALLIESS y MIR PUIG. Así mismo, SILVA se adhiere a la postura de MIR PUIG. Véase, SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992.

¹⁴ Como se sabe, VON LISZT ya había manifestado una doble concepción de protección penal-normativa, aunque la forma más primitiva se la atribuía al concepto de bien jurídico. Recordemos que, para él, el concepto de bien jurídico podía ser entendido en una acepción amplia y en otra estricta. En el tipo de homicidio, si se considera lesión jurídica en abstracto el bien está constituido por la vida humana en general. En sentido concreto, en cambio, objeto de ataque es la vida de una u otra persona individualizable. De manera, pues, que por objeto de tutela general del homicidio ha de entenderse la noción abstracta de la vida humana, por bien jurídico del concreto tipo de delito el interés de cada persona viva de no ser matada y por objeto de acción la persona misma sobre la que se realiza ésta. Véase, VON LISZT. FRANZ, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, en ZStW, 8, 1888, página 152.

¹⁵ En sentido similar se pronuncia SILVA, aunque prefiere utilizar los términos “norma primaria” y “norma secundaria” para los conceptos que respectivamente aquí se han denominado “norma” y “juicio

dente en ambos casos.¹⁶ Junto a las primeras que integran normas jurídicas a manera de expectativas institucionalizadas,¹⁷ componiendo el ordenamiento jurídico, existen

de valoración normativo". SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 355 y siguientes.

Así mismo, en Alemania, KINDHÄUSER hace la misma distinción que SILVA, mientras que BAUMANN y FREUND distinguen entre *Verhaltensnormen* y *Sanktionsnormen*. Ver, véase, KINDHÄUSER. URS, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, 1989, página 29 y siguientes; KINDHÄUSER. URS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2000, página 36; BAUMANN. JÜRGEN, - WEBER. ULRICH, - MITSCH. WOLFGANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Biefeld, 2003, página 13; FREUND. GEORG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1998, página 9.

Con esa afirmación comienza KAUFMANN, sin embargo, él mismo mediatiza su afirmación pues finalmente para él las normas penales son, en sí mismas, juicios de desvalor de acción. Ver, KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, páginas 101-119.

En sentido similar al expresado por KAUFMANN, MEZGER señala que "hay también estados antijurídicos y estados conformes al Derecho. A esta concepción del derecho corresponde la de la antijuricidad, la del injusto, como una contradicción objetiva con los preceptos jurídicos, como una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración". MEZGER. EDMUND, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, traducción al Castellano por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1935, página 282.

- ¹⁶ La distinción entre estos dos ámbitos de validez normativa (norma primaria = prohibición general y norma secundaria = valoración en el caso concreto de la prohibición general) fue primeramente reconocida por ROCCO en el campo penal como "comando giuridico principale" y "comando giuridico secundario"; Posteriormente en el ámbito general de la norma jurídica Kelsen reconoce la esencia del discurso anterior para sostener la existencia de las normas primarias y secundarias, de lo cual se sirve para afirmar que las normas jurídicas contienen juicios hipotéticos sancionatorios. Ver, ROCCO. ARTURO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1913, página 67; Kelsen. HANS, *Teoría Pura del Derecho*, traducción al Castellano a cargo de ROBERTO J. VERNEGO, México D.F., 1993, páginas 19 y 115; Kelsen. HANS, *Teoría General de las Normas*, traducción al Castellano por HUGO CARLOS DELORY JACOBS y revisión técnica por JUAN FEDERICO ARRIOLA, México D.F., 1994, páginas 68-69 así como 36-38 y 260-261; Kelsen. HANS, *Teoría General del Estado*, traducción al Castellano por LAUIS LEGAZ LACAMBRA, Madrid, 1934, páginas 66 y 70 y siguientes.

Así mismo, en Alemania, KINDHÄUSER hace la misma distinción que SILVA, mientras que BAUMANN y FREUND distinguen entre *Verhaltensnormen* y *Sanktionsnormen*. Ver, KINDHÄUSER. URS, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, 1989, página 29 y siguientes; KINDHÄUSER. URS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2000, página 36; BAUMANN. JÜRGEN, - WEBER. ULRICH, - MITSCH. WOLFGANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Biefeld, 2003, página 13; FREUND. GEORG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1998, página 9.

Recientemente en España, MIR PUIG. SANTIAGO, *Derecho Penal parte general*, sexta edición, Barcelona, 2002, página 67 y siguientes; MIR PUIG. SANTIAGO, *Valoraciones, normas y antijuricidad penal*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 79; VALLE MUÑIZ. JOSÉ MANUEL, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, 1994, página 29 y siguientes; asimismo SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 355 y siguientes; CORCOY BIDASOLO. MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, página 130 y siguientes.

- ¹⁷ Con esto se acepta el señalamiento de SILVA, quien sostiene que "puede acogerse perfectamente la concepción de la norma como expresión de una expectativa institucionalizada. En efecto, por un

los segundos que obedecen a la imposición práctica de las consecuencias previstas en la primera. Dicho en otras palabras, las “normas” son descripciones típicas de las conductas que son punibles porque se pretenden evitar con la amenaza de la pena, mientras que los “juicios de valoración normativa” pueden verse en el ámbito práctico sancionatorio como la aplicación de las “normas primarias” a efecto de dilucidar cuales conductas son las que verdaderamente se está dispuesto a castigar. Precisamente, en este punto es en donde se aprecia que a pesar de la existencia de conductas adecuadas a la descripción normativa (norma primaria), muchas de ellas no se castigan por faltar la culpabilidad del sujeto, o la lesividad u otros presupuestos de la sancionabilidad del hecho.¹⁸ Con ello, se asienta que en el ámbito sancionatorio, la conducta descrita en la norma jurídica (acción u omisión típica) está sujeta, en segundo término, a un “juicio de valoración normativa”¹⁹ al que se le agregan datos necesarios que permiten evaluar en concreto la disposición sancionadora, el mismo que como se verá más adelante, a mi entender, impone la verificación de la lesión presumida por el legislador entre otras consecuencias. De esta manera, la “norma” y “el juicio de valoración normativo” deben ser observadas desde ámbitos diferentes, asegurando que la asimilación absoluta de dichos conceptos tendría como consecuencia afirmar que el tipo confirma apriorísticamente la antijuricidad de la conducta contenida en éste y, consecuentemente, reconocer que la norma penal es una determinación imperativa que impone un juicio de deber²⁰. Esto último, como es claro, se

lado, el contenido de la norma directiva de conducta viene determinado, en el marco de la conducta existente al que antes se aludió, por el contenido de las expectativas institucionalizadas. Y, por otro lado, la infracción de una directiva de conducta por parte del sujeto sólo debe dar lugar a sanción, cuando además desestabiliza expectativas y en medida en que las desestabiliza. La norma de sanción tiene, pues, como presupuesto, no sólo la infracción de una directiva de conducta, sino, también, la defraudación de una expectativa institucionalizada y, en fin, la no reestabilización de la referida expectativa mediante mecanismos alternativos”. SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas*, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, edición a cargo de JOSÉ CERZO MIR y ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Madrid, 2001, página 574.

¹⁸ MIR PUIG. SANTIAGO, *Valoraciones, normas y antijuricidad penal*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CERZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 87; ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 26.

¹⁹ Así, menciona ROXIN que el tipo “permite determinar la materia de la prohibición, el objeto de un juicio de valor”. ROXIN. CLAUDIUS, *Teoría del tipo penal*, traducción a cargo de ENRIQUE BACIGALUPO, Buenos Aires, 1979, página 278.

²⁰ KÖHLER. MICHAEL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1997, página 10 y siguientes.

En referencia a lo mencionado en el cuerpo principal del trabajo, HUERTA menciona que “una de las consecuencias más importantes de la adopción de un punto de vista imperativo sobre la norma jurídico penal, que la considere como norma de determinación de conductas y no como simple norma de valoración, es, junto a la inclusión del *dolo* en el tipo del injusto de los delitos dolosos, la evaluación del desvalor de acción a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal. —Y continúa la autora— En efecto, en tanto que se mantenga la tesis de que la norma jurídico-penal

opone al principio de ofensividad, pero más allá, implica un serio error respecto a la concepción consecuencial de la norma misma, pues, en todo caso, el deber de cumplir con lo dispuesto por ella, so pena de coacción no existe como tal, ya que no hay forma jurídica de obligar el respeto de la norma penal. A lo sumo, existen sanciones que reprochan la conducta, pero no tienen identificación alguna con los medios que comprobarían la existencia de un medio de coerción para cumplir el juicio de valor: la protección del bien jurídico ahí consignado, es decir, respetar el interés manifiesto en la norma penal. De tal forma, no existe una obligación materialmente coercitiva que por fuerza legal garantice la evitación de la acción o la omisión de una conducta en el sentido esperado de acuerdo a lo condenado en la norma, sino que en ésta se materializa un juicio de reproche por la realización de una conducta,²¹ en el que la pena es sólo una amonestación por la producción de la misma, con que se causa un desvalor de resultado (indeseado), pero claramente se evidencia la inexistencia de alguna forma de hacer cumplir la norma penal porque como característica particular de ésta, ella no se puede hacer cumplir coercitivamente.

De esta manera, como se observa a lo largo de este artículo, se parte de que la existencia de la norma abstracta depende de condiciones o supuestos bajo los cuales ésta asume validez material; Así, cada norma tiene como referente un juicio de valor que tiene implícita una relevancia formal en relación a un juicio de idoneidad material.²² Con lo anterior, se llega a confirmar que resulta lógico argumentar que si la

es, en el terreno de la antijuricidad, simple norma de valoración, y se postule con ello una concepción absoluta o predominantemente objetiva de este elemento del delito, lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a derecho será la constatación de si ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo del delito; o lo que es lo mismo: la verificación de la presencia de un desvalor de resultado". HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, páginas 17 y 18.

En los términos expuestos en este trabajo, ALCÁCER distingue perfectamente que existen dos clases de antijuricidad: la formal y la material. La primera es presumida apriorísticamente en la norma primaria, pero la antijuricidad material es confirmada cuando existe una desvaloración merecedora de sanción penal. ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 19 y siguientes.

²¹ Entiéndase por este término que se refiere a "conducta" en sentido lato, es decir, que se incluye en el mismo los conceptos de acción y omisión en los términos que se exponen más adelante.

²² DÍEZ RIPOLLÉS. JOSÉ LUIS, *El bien jurídico en el derecho penal garantista*, en RCEPUA, SANTA FE de Bogotá, Enero-Abril 1999, página 129 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, página 106; TRAPERO BARREALES. MARÍA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 3; ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 19 y siguientes; BARBOSA CASTILLO. GERARDO, - GÓMEZ PAVAJEAU. CARLOS ARTURO, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogotá, 1996, página 108.

Apunta GIMBERNAT que es "una verdad evidente que toda condición del resultado figura en una relación material con el mismo". GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, página 106.

Más específicamente TRAPERO defiende "un concepto de antijuricidad material entendido en el sentido de lesión o puesta en peligro reprobables (y graves) de un bien jurídico protegido en concreto y

función primaria de la norma es la protección de bienes jurídicos, no sería correcto prohibir más que aquellas acciones que pongan realmente en peligro dichos bienes.²³ En efecto, la idea de un Derecho formalmente rígido, aplicable a todas las situaciones sociales de la humanidad es insostenible, pues es imposible recoger todos los presupuestos, ya de forma agotada, en una norma que en tal supuesto sí sería absoluta en su ser.²⁴ No obstante, bajo ese presupuesto, es bien sabido que si las situaciones reales cambiaran, la norma sería inaplicable en el sentido de que no podría surgir de ella ningún condicionamiento materialmente igual a la descripción normativa. Así, la gran mayoría de las normas, si no todas, están vinculadas a presupuestos históricos generales que la misma no describe, con lo que, entre otras cuestiones por determinar, tampoco agotan la categoría de la antijuricidad,²⁵ pues a toda norma está

del propio Derecho. La antijuricidad así entendida tiene un carácter objetivo en el sentido de ser un juicio general referido a la valoración negativa y por lo tanto prohibida de una conducta con carácter general, frente a todos, con independencia de las capacidades del sujeto que realiza dicha conducta. El contenido de la antijuricidad está formado por elementos objetivos y subjetivos que dan lugar a la formación del desvalor de resultado y el desvalor, objetivo y subjetivo de la acción". Ver TRAPERO BARRALES. MARÍA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 3.

En contra de lo aquí expuesto, GÓMEZ BENITEZ comenta que "la teoría del bien jurídico no es apta para acceder a un concepto material de antijuricidad capaz de servir de límite material". GÓMEZ BENITEZ. JOSÉ MANUEL, *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al derecho penal*, en RFDUCM, 69, Otoño 1983, página 88.

²³ Así, FARRÉ TREPAT. ELENA, *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986, página 37; MORENO-TORRES HERRERA. MARIA ROSA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, página 45.

²⁴ Asimismo, HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 17 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, página 19 y siguientes.

²⁵ MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 189; JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 255 y siguientes.

Del razonamiento expuesto ALCÁCER se ha servido para asegurar la existencia de dos tipos de antijuricidad: la formal y la material. El autor afirma que "la argumentación en el plano de la *antijuricidad formal* remite a la relación entre la conducta realizada y el ordenamiento jurídico positivo; más concretamente, a la relación de contrariedad u oposición entre la conducta y la norma. Estaríamos entonces, en esa perspectiva nomológica o dogmática que habíamos mencionado: desde la primera, una acción es formalmente antijurídica cuando vulnera una norma de conducta; desde la segunda, una acción es (formalmente) antijurídica cuando realiza lo descrito por la ley y cumple, por tanto, con los presupuestos establecidos por la misma". Y más adelante comenta el autor, "Pero con dicha concepción formal de la antijuricidad no se accede aún a las razones por las que una conducta haya de ser contraria a las normas jurídico-penales de conducta, desvalorada por el Derecho y, en consecuencia, merecedora de sanción penal. Ello sólo se obtiene desde la perspectiva que adopta el concepto de antijuricidad material". ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 20.

De forma aislada HORMAZÁBAL considera que la tipicidad de una conducta es la que se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción, de manera que, para el citado autor, el bien jurídico da el concepto material a la tipicidad. HORMAZÁBAL MALARÉE. HERNÁN, *Bien jurídico y*

vinculada una “cláusula” *rebus sic stantibus* que condiciona el fundamento axiológico de la norma y de esta forma, refiriendo a la lesividad de la conducta descrita en ella, su antijuricidad es hipotética.

El primer punto de partida que se presenta aquí, como se ha visto, en principio, acepta la concepción finalista clásica en el sentido de que un sistema penal de protección de bienes jurídicos debe plantearse dentro de la teoría del delito aceptando que la categoría de la acción ocupa un lugar relevante,²⁶ aunque el término de la acción debe ser reemplazado por el concepto de “conducta” a efecto de que, por consecuencia, las omisiones puedan ser sancionadas²⁷ y los delitos culposos puedan ser estudiados dentro del mismo sistema coherente y científicamente lógico;²⁸

Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), Barcelona, 1991, página 171 y siguientes.

²⁶ HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 19.

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, página 186 y siguientes.

Sobre este punto MEZGER señala que “la acción en sentido estricto, el actuar positivo, exige el querer del agente y el movimiento corporal con sus consecuencias, así como la relación de causalidad entre ambos. Ahora bien; en la omisión faltan estas características del concepto de la acción en sentido estricto; la omisión puede ser en verdad querida, pero conceptualmente no necesita serlo. Por tanto, no puede ser subordinada a un concepto de acción, sea cualquiera el modo como ésta se atiende. Pero tampoco es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión bajo una tercera categoría superior a ambas; pues de la misma manera que no se puede colocar bajo una categoría superior Posición y Negación (a y no a), tampoco es lícito forzar la colocación de la acción y de la omisión bajo un tal categoría o concepto superior, llámese este concepto acción en sentido amplio, conducta humana o de cualquier otro modo. Y así como un concepto y su opuesto contradictorio, así como posición y Negación, a y no a, no pueden ser colocados bajo otro superior común a ellos, del mismo modo tienen que aparecer la acción y la omisión una al lado de otra y sin conexión entre sí. Pero esta aguda deducción olvida que el hacer y el omitir punibles, no sólo son conceptos referidos a un valor. Y en tal sentido muestran el hacer y el omitir, con arreglo al derecho vigente, “características positivas comunes”, ante todo, la de ser, tanto la acción como la omisión, conductas humanas valorizadas de determinada manera. No se trata aquí, por consiguiente, de simple posición (P) y Negación (N), sino de Posición (Pe) y Negación (Ne), con determinadas propiedades, de suerte que es posible la existencia de un concepto superior (Oe), que es precisamente la acción en sentido amplio.” MEZGER. EDMUND, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, traducción al Castellano por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1935, páginas 190 y 191.

Ahora bien, la consideración de los conceptos de acción y omisión también es aceptada por JAKOBS, aunque técnicamente la unión de dichos conceptos en uno más amplio se funda en la idea de que el derecho penal impone deberes. Por lo tanto, para JAKOBS, la diferencia entre los citados conceptos es irrelevante, siendo en ambos casos que priva la obligación jurídica de conducirse como lo disponen las normas. Véase en JAKOBS. GÜNTHER, *La omisión: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, traducción al Castellano por JAVIER SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 2000, página 151; JAKOBS. GÜNTHER, *Acción y omisión en el derecho penal*, traducción al Castellano por LUIS CARLOS REY SANFIZ y JAVIER SÁNCHEZ-VERA, Bogotá, 2000, página 7 y siguientes.

²⁸ Sobre el punto, comentando la crítica formulada a la imposibilidad de dar una explicación coherente bajo las premisas welzelianas, ver MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al

además, dicho concepto debe ser matizado por la falta de relación dependiente del “desvalor de resultado”. De esta manera, se acepta que la conducta, misma que encierra el concepto de acción, se encuentra tipificada en la norma penal a efecto de prohibir acciones y omisiones,²⁹ pero se debe aclarar que, aunque ciertamente la norma penal no puede prohibir resultados, lo cierto es que por medio de la norma penal sí se pretende evitar conductas que *a priori* causarían la producción de resultados que producirían la lesión de bienes jurídicos.³⁰ Precisamente de ello es que las

Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 209 y 210; GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, página 80-81; GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, página 140 y siguientes; BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, páginas 144-145; LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, página 83; CADAVID QUINTERO. ALFONSO, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín, 1998, páginas 118 y 119; HIRSCH. HANS JOACHIM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, traducción al Castellano por CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ, Bogotá, 1993, página 35; ROXIN. CLAUS, *Teoría del tipo penal*, traducción a cargo de ENRIQUE BACIGALUPO, Buenos Aires, 1979, página 267; CERZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 32; CERZO MIR. JOSÉ, *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, página 15 y siguientes; MIR PUIG. SANTIAGO, *Dogmática creadora y política criminal*, en *Rv. IDP*, 1978, página 215 y siguientes; MIR PUIG. SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, página 25 y siguientes.

En contra de esto postura ZIELINSKI menciona que “si aquellas condiciones que hacen especialmente peligrosas a una acción para el objeto de bien jurídico permanecen fuera de la relación de formalidad, porque el autor no es consciente de ellas, entonces, esta (adicional) puesta en peligro del bien jurídico nunca puede ser parte del conjunto del desvalor de la acción”. ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 152.

²⁹ Así, señala STRATENWERTH que “todas las prescripciones penales están referidas a normas de comportamiento, prohibiciones y mandatos que limitan en forma general al ámbito de libertad del individuo. Las prohibiciones y mandatos, sin embargo, se formulan en el Derecho Penal de una manera indirecta: a través de la descripción de la acción que los contraviene. La norma *no debes matar* se transforma en *el que mate a otro*. Al hecho constituido por estas acciones que lesionan la norma lo designamos como la materia de la prohibición. La determinación de la totalidad de los elementos que le pertenecen, (*circunstancias del hecho*) constituye la función en sentido propio del supuesto del hecho típico. Si un comportamiento realiza todos los requisitos de un supuesto de hecho típico. Si un comportamiento realiza todos los requisitos de un supuesto del hecho típico: Si un comportamiento realiza todos los requisitos de un supuesto de hecho típico merecerá el calificativo de *típicamente adecuado*”. STRATENWERTH. GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General*, traducción al Castellano por GLADYS ROMERO, Madrid, 1982, página 129.

³⁰ MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 182; HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 25 y 65; DE TOLEDO Y UBIETO. EMILIO OCTAVIO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en *ADPCP*, 1990, página 20; RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 332.

Comenta SILVA que “el fundamento de lo injusto, desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo (una intención un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protec-

conductas se prohíben,³¹ ya que de su realización sobrevienen resultados dañosos (*Verletzungserfolges*).³² En efecto, aunque es recurrente ver la expresión de que el “derecho penal no prohíbe resultados, sino acciones”,³³ misma que es inobjetable, pues los resultados o el peligro de acaecimiento de éstos sin conducta no deben de sancionarse por la falta de nexo causal entre una conducta “reproachable” y el resultado, asimismo se deben apreciar, en virtud del principio de ofensividad, como permitidas todas las acciones sin posibilidad real de producir un resultado dañoso.³⁴

ción penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico-penales. SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 386; así mismo BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, páginas 144 y 145; BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, - HORMAZÁBAL MALARÉE. HERNÁN, *Significación social y tipicidad*, en *Doc. P.*, 1980, página 554.

³¹ BELING ya había señalado acertadamente el reconocimiento de un elemento en el tipo que el mismo denominado “rector de la norma penal” que era el fin que sanciona la ley penal, pero, fin en el sentido del resultado concreto producido por la conducta ilícita (BELING. ERNEST, *El rector de los tipos de delito*, traducción al Castellano por L. PRIETO CASTRO y J. AGUIRRE CARDENAS, Madrid, 1936, página 12 y siguientes). Precisamente con ello se puede desprender que el tipo legal contiene un resultado independiente de la lesión del bien jurídico (desvalor de acción) al que el autor se refería como un elemento diverso de la acción. Ver, BELING. ERNEST, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, página 10 y siguientes.

³² Con este concepto, BOCKELMANN y VOLK señalan que las normas sancionan acciones que pueden producir resultados dañosos o la producción efectiva de un peligro de daño en “concreto”. Ver, BOCKELMANN. PAUL, - VOLK. KLAUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1987, página 42.

³³ Por mencionar sólo algunas posturas subjetivistas del injusto, aunque con distinciones, WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 44; KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, página 378, ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, páginas 156 y 157; SANCINETTI. MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2001, página 20.

³⁴ Al estudiar el desvalor de resultado no se quiere autorizar, como se verá, la intervención del derecho penal para intervenir y sancionar resultados, pues es claro que el derecho penal sanciona conductas. Toda norma penal que contiene un tipo describe una acción o una omisión, pero lo que debe estar claro es que, si en verdad se habla de un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos, no se puede, por cuestiones de orden y coherencia sistemática, sancionar conductas que no agreden (lesionan o ponen en peligro) a un bien jurídico. En este sentido, desde un punto de vista en el que se tenga como base la idea de un derecho penal que previene la lesión de bienes jurídicos (a través de la amenaza penal), el cual no es en principio el punto de partida aquí presentado, también se debe dejar claro que a través de la conminación lo que se pretende es evitar la producción de resultados lesivos con la evitación inmediata que ocasione el desvalor de resultado. En efecto, la conducta está sancionada en los cuerpos legales porque puede ser la causa “posible” de un resultado y, en este sentido, este resultado, en sí mismo, no puede considerarse como el objeto de prohibición de la norma penal. El resultado, independientemente de la norma, no es el hacer, sino una consecuencia de él. Sin embargo, ello no indica que el resultado o el desvalor de resultado deban eliminarse del estudio de la antijuricidad bajo el argumento de que la norma sanciona sólo conductas, sino que más bien se refiere a conductas que hipotéticamente producen resultados dañosos. Con lo cual, el daño o peligro de este debe también ser verificado.

Es decir que, la acción típica conocida y querida, o incluso consecuencialmente previsible, no priva el estudio respecto de la verificación del principio de ofensividad de bienes jurídicos a efecto de agotar el injusto, estudio que debe contemplarse en la categoría de la antijuricidad.³⁵

Como se verá en líneas posteriores, sí se quisiera incluir en el tipo legal algo interno, en palabras de BELING “del alma del autor”,³⁶ nos enfrentaríamos a un extravío metodológico, pues el tipo legal no podría cumplir la función que se le encomienda en forma común a su contenido subjetivo y objetivo. Esto no sólo porque en la parte objetiva se filtrarían cuestiones de orden psíquico, sino que la parte subjetiva absorbería a la objetiva para tomar lo externo y lo interno como un todo. Con ello, de ninguna manera se discute la importancia de los elementos subjetivos de la acción en el tipo, sino que en todo caso lo que se quiere proponer es retomar la importancia del “resultado” y mayormente la del “desvalor de resultado” en la teoría del delito, otorgando a éstos el lugar metodológico que les corresponde.³⁷ En efecto, el hecho de aceptar el tipo descriptivo como rector de la antijuricidad que se da con su realización, ha traído como resultado que algunos autores pretendan agotar el ilícito antes de llegar a la categoría de la antijuricidad.³⁸ Sin embargo, la

³⁵ Esto es impensable siguiendo el desarrollo consecuente de los puntos de partida de WELZEL y en general de los defensores del finalismo clásico, pues el concepto de ilícito se encuentra subjetivado totalmente y, por lo tanto, orientado la justificación del actuar típico exclusivamente a los elementos subjetivos de la acción.

De forma aislada HORMAZÁBAL considera que la tipicidad de una conducta es la que se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción, de manera que, para el citado autor, el bien jurídico otorga el concepto material a la tipicidad. Ver, HORMAZÁBAL MALARÉE. HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, página 171 y siguientes.

³⁶ BELING. ERNEST, *Esquema de derecho penal*, traducción al Castellano por SEBASTIAN SOLER, Buenos Aires, 1944, página 52; BELING. ERNEST, *El rector de los tipos de delito*, traducción al Castellano por L. PRIETO CASTRO y J. AGUIRRE CARDENAS, Madrid, 1936, página 23.

Esta postura fue defendida por BELING desde la publicación de su “Teoría del delito”. Ver, BELING. ERNEST, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, página 10.

³⁷ Esto ya ha sido medianamente acogido en España por MIR PUIG, quien, a pesar de seguir manteniendo un importante acento subjetivista en la conformación de injusto, intenta acogerlo simultáneamente con un doble sentido: subjetivo-objetivista. Véase en MIR PUIG. SANTIAGO, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en *ADPCP*, 1988, página 661; MIR PUIG. SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, página 181 y siguientes; MIR PUIG. SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1979, páginas 61-66.

³⁸ Véase una crítica a las teorías finalistas radicales por equiparar la tipicidad a la antijuricidad en SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 415; BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, páginas 144 y 145; HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 17 y siguientes y 37 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, páginas 156 y siguientes; GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, página

antijuricidad misma es compuesto adicional del delito. Es más, nos podemos servir del tipo para determinar la clase de antijuricidad hipotética de una conducta, pero no para establecer ésta en sí misma. Siempre será una cuestión distinta el acaecimiento de la muerte de un hombre que la de saber en que medida ello es antijurídico. El tipo delictivo no es un “tipo concreto de ilicitud” en el sentido de asegurar que con la comisión de una conducta típica se confirma conjuntamente la ilicitud. Es cierto que el legislador ha extraído sus figuras delictivas recortándolas del dominio general de lo ilícito y por eso es que se dice correctamente que el requisito de la tipicidad y con él de la adecuación de la conducta al tipo, no aparejan la inmanencia de la antijuricidad, sino que se insertan en éste.³⁹ Ello debe considerarse así porque al legislador no le es posible construir los tipos de manera que los modos de conducta abarcados en ellos caigan totalmente en el dominio de lo ilícito: toda descripción normativa de conductas penalmente reprochables creada a fin de ser empleada como tipo de ilicitud, presenta una imagen representativa que, hipotéticamente, considerada en su particular carácter de “tipo”, puede todavía ser lícito o antijurídico. Así, se deduce que los tipos descriptivos de los hechos punibles tienen un carácter puramente gráfico y con ellos no se agota la antijuricidad. La concurrencia independiente del tipo y de la antijuricidad es necesaria a efecto de que se pueda determinar si una conducta típica es antijurídica. Con esto se desprende que hay conductas típicas que a pesar de su comisión no son antijurídicas, de lo cual, como se verá, emerge que la afirmación independiente para la conducta típica y la ilicitud aportan los elementos para poder estudiar la punibilidad.

162 y siguientes; KÖHLER. MICHAEL, *La imputación subjetiva: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, traducción al Castellano por PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 2000, página 78 y siguientes; GONZÁLEZ-SALAS OCAMPO. RAÚL, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, Cd. López Mateos, México, 1995, página 65 y 67 y siguientes; BARBOSA CASTILLO. GERARDO, - GÓMEZ PAVAJEAU. CARLOS ARTURO, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogotá, 1996, página 101.

Incluso desde posturas finalistas KAUFMANN y ZIELINSKI has sido objeto de críticas. Diríjase a JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 229 y 230; JESCHECK. HANS-HEINRICH, *Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada*, en ADPCP, 1986, página 15 y siguientes y 22 y siguientes; implícitamente MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 189 y siguientes y 211 y siguientes; CEREZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 147.

³⁹ De hecho, el término “tipo” con el que en español se refiere a la descripción de la conducta descrita en la norma jurídico-penal, es asimismo la equiparable a lo que BELING denominó “*Tatbestand*” que en alemán quiere decir “*aquello en lo que el hecho consiste*”. Es decir, que la configuración original del “tipo” respondía a una descripción neutra de un hecho y no se pronunciaba respecto de la ilicitud de este, pese a estar consignado en la norma jurídico-penal.

Esto también es advertido en NINO. CARLOS SANTIAGO, *Límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, página 40 y siguientes.

IV. CONDUCTA Y CONDUCTA TÍPICA

A. Conducta

Una primera consideración que debe hacerse respecto al concepto de acción visto como una categoría de la teoría del delito es que dicho término se encuentra totalmente concentrado en el tipo y con lo cual difícilmente se puede realizar un estudio, al menos en términos jurídico-penales, en el cual la acción figure como un elemento relevante sin su complementariedad típica.⁴⁰ Ciertamente se puede argumentar que la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad se encuentran condenadas a la misma relación con las otras respectivas categorías,⁴¹ pero es particularmente representativo que la distinción entre “conducta” y “tipo” es observada porque en el primer caso nos referimos a la intervención humana que promueve o permite, mediante un engranaje de intervención causal que se produzca un resultado; mientras que en el segundo caso, es entendido que se trata de la descripción normativa que describe la conducta la cual promueve o permite la producción de un resultado, así como algunas condiciones sobre las cuales el legislador ha considerado que era procedente conminar con la sanción penal.⁴² De esta manera, estamos hablando de que la conducta, como género, es una acción u omisión humana que en abstracto realiza el hombre con conciencia o sin ella y que puede o no estar sancionada por las leyes penales.⁴³ De ahí surge la afirmación de que el derecho penal sanciona únicamente acciones u omisiones sancionadas por la ley penal,⁴⁴ dejando fuera de la esfera punitiva meros pensamientos.⁴⁵ Por otro lado, en manera más específica el tipo penal contiene la descripción

⁴⁰ BELING. ERNEST, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, página 10 y siguientes; BELING. ERNEST, *Esquema de derecho penal*, traducción al Castellano por SEBASTIAN SOLER, Buenos Aires, 1944, página 37. Así señala BELING que “el primer constitutens del tipo de delito independiente no es el *Tatbestand legal*, sino la adecuación de la acción al mismo. El *Tatbestand* no hace más que regular dicho constitutens”. Ver. BELING. ERNEST, *El rector de los tipos de delito*, traducción al Castellano por L. PRIETO CASTRO y J. AGUIRRE CARDENAS, Madrid, 1936, página 13.

⁴¹ De hecho, JAKOBS considera que las diferentes categorías de la teoría del delito no agotan su estudio en un ámbito propio, sino que unas tienen relación constante con las otras y emergen constantemente para completar su estudio. Ver, JAKOBS. GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción al idioma español por JOAQUIN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1997, página 199.

En los mismos términos que en este trabajo, ATIENZA. MANUEL, *Para una teoría general de la acción penal*, en *ADPCP*, 1987, página 5.

⁴² Esta distinción ya fue señalada por MAURACH en su Tratado. Véase, MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 185.

⁴³ Asimismo, ATIENZA. MANUEL, *Para una teoría general de la acción penal*, en *ADPCP*, 1987, página 8

⁴⁴ El Código Penal español señala en el artículo 1.1 que: *No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración*

⁴⁵ Al respecto, CEREZO MIR menciona que “el primer elemento del concepto de delito en el Derecho Penal español es la existencia de una acción o una omisión. De este requisito deducíamos que no

concreta de una conducta que es sancionada. No cabe duda que desde el punto de vista típico-formal, la acción humana es el ejercicio final de una acción, pues rompe con la racionalidad misma del sistema jurídico el sancionar conductas que no fueron realizadas con el fin consciente de provocar un resultado (dolosamente) o con el fin consciente de concretar una conducta sin tomar precaución alguna, y por lo tanto, asumiendo las consecuencias previsibles que se pueden causar por la falta de cuidado (culposamente).⁴⁶ De esta manera, se limita el concepto de conducta a la categoría que WELZEL llamó "acción" y la finalidad de ésta se estudia en el tipo que como juicio hipotético de causación lesiva a partir de una conducta final.

B. Conducta típica

Es adecuado comenzar por asegurar que la conducta (acción) típica humana es independiente del concepto de "conducta" en *lato sensu*. A pesar de ello, es claro que la esencia de los tipos penales se concentra en la acción humana como ejercicio de una acción final, pues el hombre gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias que pueden surgir de su actividad de manera tal que todos sus actos se dirigen a la consecución o no de determinado fin. Es cierto, como lo señaló WELZEL,⁴⁷ que la finalidad de una acción u omisión se basa en la capacidad de prever las consecuencias de la intervención humana a efecto de causar un

pueden constituir delito el mero pensamiento (*cognitatio poenam nemo patitur*), ni la mera resolución delictiva no puesta de manifiesto por hechos externos, ni una simple disposición de ánimo o talante (*Gesinnung*). CERZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 26.

Más allá. NINO comenta que "el requisito de la acción fue diseñado para excluir del marco de la responsabilidad criminal las siguientes situaciones: 1) meras condiciones o estados de los hombres; 2) actitudes sin libertad física; 3) movimientos del cuerpo u omisiones en estado de inconciencia, o que resulten de la intervención de terceros; automatismos, actos reflejos, etc.; 4) actividades de animales, personas jurídicas, etcétera". NINO. CARLOS SANTIAGO, *Límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, páginas 40-41.

⁴⁶ Tratándose de los delitos de acción imprudentes la relación entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado debe guardar una determinada relación interna que consiste en que el resultado material debe haberse producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y tiene que ser, además, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. Sobre el punto más profundamente, CERZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 175.

Una crítica a la posición de CERZO en cuanto al concepto de acción es formulada en CUELLO. JOAQUÍN, *Acción, capacidad de acción y dolo eventual*, en *ADPCP*, 1983, página 77.

⁴⁷ WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁÑEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 40; asimismo ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 143; KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, página 379.

resultado y de acuerdo con ello, dirigir la conducta a un fin: el resultado, siguiendo un plan de acontecer causal que estaría ciego en caso de que la conducta no estuviera dirigida a obtener éste (resultado); Pero, se debe especificar que la conducta se configura como un elemento típico en la medida en que condiciona la configuración de un actuar exterior en relación de causalidad con el resultado típico, así como la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.⁴⁸

La dirección final de una conducta se lleva a cabo en dos etapas de acuerdo a la “configuración de la voluntad”: configuraciones internas y configuraciones externas de la voluntad. Por un lado, la primera estaría compuesta por diversos momentos del pensamiento tales como la proposición del fin, la selección de los medios para la

⁴⁸ Algunos autores señalan que los problemas de causalidad deben ser desplazados a la antijuricidad típica. Diríjase a GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, página 22 y 109; BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, página 138; BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, - HORMAZÁBAL MALARÉE. HERNÁN, *Significación social y tipicidad*, en *Doc. P.*, 1980, página 554.

Como bien señala SILVA, “causalidad e imputación objetiva del resultado no forman parte del ámbito de referencia del dolo ni pueden, por tanto, ser objeto de errores del sujeto”. SILVA SÁNCHEZ. JESUS MARIA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 418; en el mismo sentido JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 235; BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, página 138; TRAPERO BARREALES. MARIA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 3; FRISCH. WOLFGANG, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, traducción al Castellano por RICARDO ROBLES PLANAS, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 2000, página 25; TORIO LÓPEZ. ÁNGEL, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en *ADPCP*, 1986, página 34 y siguientes; MIR PUIG. SANTIAGO, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, traducción al Castellano por DANIEL R. PASTOR, edición a cargo de JOSÉ CERZO MIR y ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Madrid, 2001, página 389 y siguientes; LARRAURI. ELENA, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, en *ADPCP*, 1988, página 715 y siguientes.

En este sentido, comenta RUEDA que en la actualidad la moderna teoría de la imputación objetiva “se orienta al fin último de deslindar el hecho que puede ser atribuido a una persona como propio o como perteneciente a él frente al caso fortuito, frente al acaso o a la casualidad. —Y continúa la autora— Sin embargo, la moderna teoría de la imputación objetiva además de orientarse al fin mencionado pretende añadir un juicio complementario que determine en el plano objetivo que la conducta es una expresión de sentido típica, a través de una serie de criterios normativos que tienen la función de delimitar los hechos jurídico-penalmente relevantes de los que no lo son”. RUEDA MARTÍN. MARÍA ÁNGELES, *La Teoría de la acción objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, página 401.

En concreto sobre el concepto de imputación objetiva, véase en GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *¿Qué es la imputación objetiva?*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, página 209 y siguientes; FRISCH. WOLFGANG, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, traducción al Castellano por RICARDO ROBLES PLANAS, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 2000, página 21 y siguientes; LARRAURI. ELENA, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, en *ADPCP*, 1988, página 715 y siguientes.

consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes; Mientras que, por otro lado, la segunda se presenta una vez que, de acuerdo a la anticipación de la representación mental del fin, la elección de los medios y el cálculo de los efectos concomitantes, el autor exterioriza su voluntad al realizar a través de medios ideados la consecución del fin. Ahora bien, mientras que como su propia distinción lo pone de manifiesto, la primera etapa de dirección final se lleva a cabo en el mundo de los pensamientos y como se sabe no es sancionable, la segunda etapa se refiere a un proceso causal determinado por el fin perseguido y los medios para ocasionar el resultado previsto. En este punto, es en donde empiezan a ser marcadas las vías presentadas entre la postura mayoritaria y la que se presenta en este trabajo, pues gran parte de la doctrina aceptaría que en la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real, es decir, si no se produce el resultado esperado, por razón del concepto de “acción final”, entonces se configura la tentativa de un delito. Esta postura es argumentada bajo la idea de la estructura final del actuar humano en la que se señalaría que en virtud de que las normas penales no se dirigen a procesos causales, sino sólo a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro,⁴⁹ lo cual elimina cualquier tipo de discusión respecto a la posible verificación del principio de ofensividad que se ve menguado en dos vertientes. Por un lado, el concepto de bien jurídico es abstracto y depende de la validez normativa ante las expectativas sociales, en tanto que, por otro, la confirmación de que la acción parte desde su origen como antijurídica e incluso sin que ésta se manifieste objetivamente en el mundo real,⁵⁰ ya que la intención del agente de contravenir el ordenamiento jurídico en su totalidad agotaría ese proceso, subjetivizando totalmente el concepto de ilícito y, por consiguiente, orientando también la justificación del actuar típico exclusivamente a los elementos subjetivos. En otras palabras, la conducta voluntariamente dirigida por sí misma a producir el resultado típico agotaría el injusto y estaría asentando toda eliminación de la necesidad de que bienes jurídicos sean lesionados para calificarla de antijurídica,⁵¹ lo que no es aceptado en este trabajo.

⁴⁹ WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 44.

⁵⁰ Por ejemplo, WELZEL apunta que la etapa externa de la voluntad se presenta en el mundo de la realidad, por la voluntad del autor, independientemente de la verdadera peligrosidad de la conducta y por lo tanto de la puesta en peligro, sólo porque la acción se encontraba ya desde la etapa interna dirigida a un fin y por lo tanto tal intento de producir un resultado es suficiente para acusar la antijuricidad de la conducta (acción) independientemente porque además la lesión al bien jurídico se observaría por la mera contravención a la norma. Ver, WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 39 y siguientes.

⁵¹ De ahí, reconoce WELZEL que “lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asigno al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligan a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuricidad es siempre la desaprobación de

C. Conducta y desvalor de conducta.

La importancia de la “conducta típica” en el derecho penal ha sido probablemente sobreestimada, especialmente por la doctrina finalista, a efecto de poder mantener ciertas posturas que permiten sancionar acciones u omisiones que no producen resultado alguno o incluso lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales, al evaluar el actuar típico sólo desde los elementos subjetivos contenidos en el concepto de “acción”, desestimando cualquier discusión sobre el “resultado” y el “desvalor de resultado”, conculcando así el principio de ofensividad.⁵² Sin embargo, el concepto

un hecho referida un autor determinado: lo justo es injusto de la acción referido al autor es injusto *personal*”. WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 74.

Más específicamente señala ZIELINSKI que “el resultado y el desvalor de resultado no tienen ninguna función en el ilícito”. Ver, ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 1. Véase una a la cita forma de agotamiento del injusto en GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, 1990, página 19 y siguientes.

De forma aislada HORMAZÁBAL considera que la tipicidad de una conducta es la que se agota simplemente con el proceso lógico formal de subsunción, de manera que, para el citado autor, el bien jurídico da el concepto material a la tipicidad. HORMAZÁBAL MALARÉE. HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, 1991, página 171 y siguientes.

⁵² Véase como en la doctrina finalista el concepto de acción encierra el contenido de voluntad, anticipando las consecuencias como factor rector del acontecer exterior, haciendo de la acción un proceso lleno de sentido por cuanto los elementos anímico-subjetivos que integran la antijuricidad, misma que es agotada antes de llegar al estudio de la categoría mencionada. Ver, WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 48; Asimismo en KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, página 94; ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 1 y siguientes.

La corriente finalista, a partir de las posturas de CRAMER y VOLZ, aunque el primero en menor medida, también ha visto reflejados sus postulados en la teoría de los delitos de peligro al tener como único parámetro la verificación el desvalor de acción. Ver, CRAMER. METER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikte*, Göttingen, 1968, página 40 y siguientes; VOLZ. MANFRED, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte*, Göttingen, 1968, página 35 y siguientes.

De hecho, KAUFMANN refiere el concepto de bien jurídico al “desvalor de acto” y comenta al respecto que “por regla la actividad finalista que está vinculada con el desvalor de acto trae consigo la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Pero BINDING acepta esta referencia a un bien jurídico, de una manera más fina, sólo desde el punto de vista del “dictado de la norma”. Es obvio que aquí necesariamente hay que generalizar; también es evidente que ninguna norma puede existir en virtud de sí misma, sino que está basada en un juicio de valor. Es indudable que ninguna ley razonable exige la obediencia en virtud de sí misma. En este sentido, siempre es necesario recurrir al bien jurídico, ya que este es el resultado de la valoración originaria. El derecho penal pretende, en primer lugar, la protección de determinados bienes vitales de la comunidad. Pero para la valoración del hecho particular ya no interesa que éste esté “referido” *reliter*, es decir, a través de la causalidad, a un bien jurídico; lo decisivo aquí es únicamente el valor (o disvalor de acto). También lo es cuando el objeto

de conducta final no necesariamente debe contrastar con el principio mencionado, pues para tales efectos es necesario reconocer que darle a este principio un lugar que sobrepasa los límites que le corresponden para su estudio, dirigiría a reducir el concepto de bien jurídico aquí planteado y, consecuentemente, aceptar el carácter de fundamento ético-social del derecho penal; además de que se desestimarían consideraciones para verificar el principio en cuestión. Ahora bien, manteniendo el esquema final de la teoría del delito y así mismo la categoría de conducta como precedente a la del tipo, se encuentra que la primera de ellas contiene el concepto abstracto de conducta, que como se ha visto, no es el mismo que el de conducta típica. En primer lugar, como ya se mencionó, la conducta en términos generales sólo nos indica que se trata de una acción u omisión,⁵³ independientemente del tipo de voluntariedad con la que ésta llegó a representarse en el mundo real.⁵⁴ Por otro lado, la conducta típica es un indicador de que ésta es una acción u omisión que *a priori* el legislador consideró que genera una lesión al bien jurídico, es decir, que se refirió a una conducta que hipotéticamente produciría resultados dañosos y que una vez concretados y verificados confirmarían que se trataba de un “desvalor de acción”.⁵⁵ Ahora bien, como

de la valoración no es un acto cuyo dolo se dirige (de alguna manera) a un bien jurídico, sino un acto cuya intención es en este sentido neutral; es decir, una acción en la cual la relación con el bien jurídico es simplemente un criterio de valoración: el criterio de valoración. El criterio de valoración es la referencia de todos los actos a un bien jurídico; al contrario, no siempre es el caso que una acción valorada por el derecho esté referida a la manera como esta acción afecta a un bien jurídico”. KAUFMANN. ARMIN, *Teoría de las Normas*, traducción al Castellano por ENRIQUE BACIGALUPO y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1977, páginas 94-95.

- ⁵³ Acerca de la distinción entre los delitos de acción y los de omisión. Ver, GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *Causalidad, omisión e imprudencia*, en *ADPCP*, 1994, página 11 y siguientes.
- ⁵⁴ A pesar de ello, SILVA correctamente señala que los conceptos de acción y desvalor de acción se funden al usarlos en términos típicos. Ver, SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 991; así mismo, aunque lo sugiere implícitamente, JAÉN. VALLEJO, MANUEL, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, 1994, página 61 y siguientes.
- ⁵⁵ Esta postura parecería ser aceptada por CEREZO, quien reconoce la necesidad de diferenciar el concepto de desvalor de resultado del desvalor de acción, aunque retorna a una postura en la que identifica al tipo como una conducta descrita antijurídicamente con la única salvedad de que concurran causas de justificación. Con ello, como se ve, el autor no impone juicio alguno de comprobación del principio de ofensividad. En efecto, CEREZO menciona en primer término que “el tipo de lo injusto no puede ser definido, por ello, como descripción de la materia de la prohibición o del mandato. Pero es que, además, el tipo de lo injusto rebasa el ámbito de la materia de la prohibición o del mandato. El derecho puede prohibir únicamente la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto o la producción de la lesión de un bien jurídico y/o que lleven consigo el peligro de dicha lesión, pero no puede prohibir la causación de un determinado resultado. El resultado real, es decir, la producción efectiva del resultado no puede pertenecer, por ello, a la materia de la prohibición (o del mandato)”. Y contradictoriamente continúa el autor más adelante, “si una conducta está comprendida en un tipo de lo injusto será antijurídica salvo que concurra una causa de justificación”.

desde el punto de vista dogmático la ubicación de la conducta típica en cuanto a su verificación lesiva se realiza cuando se estudia la antijuricidad, como se verá, bajo la comprobación de existencia de un “desvalor de resultado” existe impedimento para asimilar el término “conducta típica” con el concepto de “desvalor de conducta”, ya que lo conducente es adoptar una posición en la que la norma penal consiste en un juicio hipotético, en el cual el legislador asumió que la conducta típica produce, estadísticamente,⁵⁶ el resultado dañoso que se pretende evitar, es decir, el “desvalor de resultado”.⁵⁷ Con ello se plantea una alternativa a efecto de distinguir la conducta en sentido abstracto o genérico de aquello que integra dicho concepto en el ámbito jurídico penal en relación a la voluntariedad, además de que se impulsa la idea de que no toda comisión de una conducta típica configura por sí la producción de una lesión a bienes jurídicos por el simple hecho de estar dirigida finalmente.⁵⁸ Así, se

CEREZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, páginas 91 y 92.

⁵⁶ Precisamente de este término MIR PUIG confirma que los delitos de peligro abstracto son de “peligro estadístico”. Ver, MIR PUIG. SANTIAGO, *Derecho Penal parte general*, Barcelona, 2002, página 228.

Ahora bien, el término de peligro probabilístico o estadístico no es necesariamente compatible con la postura que aquí se presenta, pues llevando dicha postura en paralelo a la teoría finalista, impone el justificar plenamente la existencia de delitos que no produzcan ofensas bajo la premisa de que estadísticamente ciertas actividades producen daño y éstas son sancionables por su acaecimiento sin importar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esa postura, en contra de lo aquí expuesta, es considerada adecuada en MENDOZA BUERGO. BLANCA, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, página 31.

Por otro lado, HIRSCH no considera que los conceptos de conducta típica y desvalor de acción puedan ser diferenciados, pues él mantiene una postura finalista. Ver, HIRSCH. HANS JOACHIM, *Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de las cosas”*, traducción al Castellano a cargo de EDUARDO DEMETRIO CRESPO, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 779; así mismo KÖHLER. MICHAEL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1997, página 25 y siguientes.

⁵⁷ Por ello se asienta que sólo desde esta aseveración se puede aceptar la autoridad de la siguiente afirmación de ZIELINSKI: “Partiendo de la comprensión esbozada en la realidad, el objeto y el punto de conexión de la regulación jurídica (penal), el delito, la acción punible (o sea, amenazada con pena) está previamente dada como el objeto de la ciencia jurídico-penal. Su contenido, su estructura, su delimitación conceptual no pueden ser creados, sino sólo encontrados; el concepto de la acción humana no es el producto de una definición arbitraria, es decir, sólo mitológicamente condicionada, sino el resultado de un conocimiento correcto”. Ver en ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 60.

⁵⁸ Esto ya había sido parcialmente observado por SCHMIDHÄUSER al sostener que la acción sin resultado no tiene sentido para el derecho penal. Esto, sin embargo, no debía ser entendido desde la perspectiva aquí propuesta, sino considerando tal afirmación como adecuada para los delitos de resultado, pues para el autor, el concepto resultado estaba identificado con el de “resultado típico”. Ver, SCHMIDHÄUSER. EBERHARD, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1984, página 91.

distinguen los ámbitos en los que trabajan en forma independiente los conceptos de desvalor de resultado y de desvalor de acción.⁵⁹

V. EVENTO, RESULTADO Y DESVALOR DE RESULTADO

No cabe duda que la ciencia penal, especialmente después de la caída de Alemania en la segunda guerra mundial, fue reconducida, de manera que se intentó eliminar todo vestigio de apoyo al nacionalsocialismo. Así, en un intento de legitimar el poder punitivo del Estado es como surge la corriente finalista, de lo cual emergió la polémica causalista-finalista.⁶⁰ El triunfo de la corriente finalista, especialmente en la reubicación de los conceptos de dolo y culpa en el tipo, así como el concepto de acción marcan el inicio de una nueva etapa en la ciencia penal en donde, de cierta manera, la doctrina penal se envuelve en un serie de juicios que, sin dejar de ser ético-sociales, se aleja de criterios tautológicos, pero también del aspecto práctico de la ciencia penal. Con ello, es frecuente ver como se acepta que mientras por un lado la doctrina pretende conseguir ciertos ajustes de orden sistemático, la gran mayoría de ellos de corte minimalista, por el otro, el legislador se ve cada vez más impulsado por la presión social expandiendo la jurisdicción del derecho penal. Ahora bien, lo anterior no obsta para que se deje a un lado que ciertos principios restrictivos del derecho penal, también encuentren fundamento limitador no sólo positivamente, en la Constitución o en el mismo Código penal, teleológica o tautológicamente, como es la aplicación del principio de racionalidad;⁶¹ sino que también desde el punto de vista de la “impresión social”,⁶² el derecho penal se

⁵⁹ Como bien señala RODRÍGUEZ MOURULLO, “en la ofensa al bien jurídico radica el desvalor de resultado. En la forma y modalidad de perpetrar la ofensa radica el desvalor de acción”. RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 332.

⁶⁰ Con el artículo “Modernas Orientaciones de la dogmática Jurídico Penal” escrito por EDMUND MEZGER en 1950, como defensa a las críticas formuladas por WELZEL, es que comenzaría formalmente la consideración de los postulados de este último autor en el campo de la Teoría del Delito, dando a lugar una polémica que se originaría en los años 50, 60 y buena parte de los 70 entre la corrientes causalista y finalista. Ver, MUÑOZ CONDE. FRANCISCO, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Sevilla, 2000, página 43 y siguientes; asimismo GIMBERNAT ORDEIG. ENRIQUE, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990, página 162 y siguientes; HIRSCH. HANS JOACHIM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, traducción al Castellano por CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ, Bogotá, 1993, página 9 y siguientes. Sobre el artículo citado con el cual MEZGER comenzaría la polémica entre causalismo y finalismo. Ver, MEZGER. EDMUND, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, traducción al idioma español por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Valencia, 2000.

⁶¹ Acerca de este principio, ver más puntualmente DÍEZ RIPOLLÉS. JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003.

⁶² Esta expresión es usada por ROXIN para dar nombre a su teoría fundamentadora de la sanción de la tentativa. Ver, ROXIN. CLAUDIUS, *Acerca del fundamento penal de la tentativa*, en *Dogmática penal y política criminal*, edición y traducción al Castellano a cargo de MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ, Lima,

encuentra limitado a sancionar ciertas conductas que, lesionando o poniendo en peligro bienes jurídicos, reflejan la preocupación o incluso la conmoción que causan éstas.⁶³ De ahí que MAURACH afirmara que “todo derecho penal parte en principio del resultado”.⁶⁴

En efecto, así es como llegamos a la importancia que se le debe asignar y que de hecho le es asignada al resultado típico⁶⁵ en dos esferas reactivas: la social y la jurídica.⁶⁶ Por una parte, en el ámbito social, se advierte que su producción genera una decisiva perturbación de la paz pública, una mayor sensación de inseguridad y una mayor indignación por la producción de un hecho. Por otra parte, la percepción social permea a lo jurídico mediante la presión para que se emprendan reformas le-

1998, página 268 y siguientes; Así mismo en España, NUÑEZ PAZ. MIGUEL ÁNGEL, *El delito intentado*, Madrid, 2003, página 35.

⁶³ Esta importancia en el ámbito social se ve reflejada en lo jurídico. Véase como JESCHECK comenta que “para que la antijuricidad de una acción no sólo es decisiva la voluntad que la preside, sino también aquello que ésta ha originado; y es que para la importancia del injusto se diferencia el modo en el que se manifiesta la voluntad hostil al derecho y, especialmente, si ha lesionado o no el objeto de la acción protegido por la disposición penal. Por esta razón la norma jurídica no es sólo norma de valoración, sino también en relación con el desvalor de resultado”. JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 255.

⁶⁴ MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 211.

⁶⁵ En términos generales, el término resultado ha venido ganado importancia en la doctrina española. Véase, LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, página 20; LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, página 83; CADAVID QUINTERO. ALFONSO, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín, 1998, páginas 118 y 119.

⁶⁶ En este sentido comenta SILVA que “el resultado, en definitiva, es prueba, a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la conducta prohibida ex ante. Pero, sobre todo, su producción genera una decisiva perturbación de la paz jurídica, una mayor sensación de inseguridad, una mayor indignación por la comisión del hecho. Ello hace que la renuncia a la pena o la disminución de la misma resulten más difíciles en estos casos. La imposición de la pena abstractamente prevista para el hecho penalmente antijurídico no sólo se hace más necesaria en el caso de la producción del resultado; además, adquiere mayor legitimación desde perspectivas preventivas. La realización de los fines del derecho penal, que en el supuesto de no producción del resultado puede permitir prescindir de la pena, o en todo caso imponer una pena, o en todo caso imponer una pena inferior, exige, en el supuesto de producirse un resultado conveniente relacionado con la realización de la conducta, la imposición de la pena establecida para el injusto correspondiente. —Y continua el citado autor— A mi juicio, todo lo anterior puede justificar una ubicación de la figura del *desistimiento voluntario* de la tentativa en este ámbito sistemático. El desistimiento, en efecto, no elimina el injusto de la tentativa, pero, en cambio, sí puede eliminar la tipicidad penal ex post (sancionabilidad penal) de esa tentativa, por haber hecho desaparecer la necesidad de pena. Tal figura pertenece, pues, al ámbito de la norma secundaria y debe construirse a partir de los principios político-criminales que prescinden las decisiones en este marco. SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 420; así POZUELO PÉREZ. LAURA, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, 2003, página 283 y siguientes.

gislativas o para mantener determinados criterios de política criminal.⁶⁷ Se observa que, por ejemplo, el legislativo ha sancionado con una pena menor la tentativa que el delito completo al señalar que se impondrá al autor de una tentativa la pena inferior a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo por un lado al peligro inherente al intento (capacidad idónea de producir un resultado dañoso) y al grado de ejecución alcanzado.⁶⁸ Así, es evidente que el rol del “resultado dañoso” juega un papel distinguido en materia penal que en relación al *quantum* de la sanción, reprocha la antijuricidad de la conducta y la falta de motivación de la norma.⁶⁹ De tal forma que se sanciona una conducta lícita en la medida en que produce o, al menos, es capaz de producir un resultado (dañar o poner en peligro real a bienes jurídicos)⁷⁰ en términos objetivos.⁷¹ La imposibilidad absoluta o real de producir un resultado no produce consecuencias antijurídicas y, por lo tanto, detiene cualquier estudio respecto a la categoría de la culpabilidad y en general sobre la punibilidad del hecho.⁷²

⁶⁷ Así, Díez Ripollés. José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, página 20 y siguientes; Díez Ripollés. José Luis, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, edición a cargo de José Cerzo Mir y Alfonso Serrano Gómez, Madrid, 2001, página 109.

De hecho, Hassemer considera que la participación crítica de la opinión pública es deseable. Ver, Hassemer. Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, traducción al Castellano por Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, 2003, página 43.

⁶⁸ Esto se advierte del contenido del artículo 16.1, 16.2 y 62 del Código Penal Español, respecto de la tentativa, y del artículo 52, mismo que actúa como regla de orden general para imponer la sanción correspondiente a la conducta típica encontrada antijurídica, culpable y punible; Mientras que en el caso mexicano, dicha postura se establece del contenido de los artículos 7, 12, 51 y 52 del Código Penal Federal

Así, Atienza cita como elementos para valorar la acción: el agente, la ocasión, la forma de realizar la acción, el contenido de la acción, el resultado y la consecuencia o consecuencias. Ver, Atienza. Manuel, *Para una teoría general de la acción penal*, en *ADPCP*, 1987, página 6 y 7.

En la doctrina alemana recientemente ha advertido Freund que el tipo que describe una norma tiene importancia en cuanto a la posibilidad de su dimensión desvalorativa. Ver, Freund. Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1998, página 240.

⁶⁹ Es claro que en todo caso la estimativa social sobre el caso ha de reducirse al momento aplicativo. Sobre el tema véase, Roldán Barbero. Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, página 192; Cerezo Mir. José, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 148.

⁷⁰ En este punto, se aprecia que, por ejemplo, en la tentativa no se llega a producir la efectiva lesión de un bien jurídico, pero no por ello no nos enfrentamos ante un desvalor de resultado.

⁷¹ Huerta Tolcido. Susana, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 17 y siguientes; Traperó Barreales. María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 3 y siguientes.

En México también se ha llegado a advertir ello en González-Salas Ocampo. Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho Penal*, Cd. López Mateos, México, 1995, página 71.

⁷² En sentido opuesto al aquí presentado Moreno-Torres menciona que “la autora sólo le otorga al resultado un papel en el que no tiene una función constitutiva alguna, pero sobre la que depende el

Ahora bien, como ya ha sido observado por algunos autores,⁷³ la doctrina suele interpretar el término “resultado” en más de un sentido, atribuyéndole diversas funciones, por lo cual es preciso distinguir sus posibles connotaciones a los efectos que interesan en este trabajo. En este sentido, es bien sabido que una clasificación de los delitos de acuerdo con las consecuencias materiales producidas por el desvalor de acción tiene como derivación el reconocimiento de dos categorías de delitos: de resultado y de conducta. En los primeros vemos que la descripción típica contendría un resultado material producido como resultado de la conducta también descrita, es decir, la conducta y el resultado material,⁷⁴ típicamente descritos, que unidos causalmente, configuran el “evento típico”, o también denominado por BELING “el evento rector de la ley penal”,⁷⁵ el cual hipotéticamente señala la producción de la lesión de bienes jurídicos o, con otras palabras técnicas, el desvalor de resultado.⁷⁶ Con esta especi-

sí y el cómo de la pena”. MORENO-TORRES HERRERA. MARÍA ROSA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, página 71.

⁷³ LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, página 17; DÍEZ RIPOLLÉS. JOSÉ LUIS, *Prólogo*, en LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, prólogo; CADAVID QUINTERO. ALFONSO, *Introducción a la Teoría del Delito*, Medellín, 1998, páginas 118 y 119.

Recientemente CORCOY le ha dado tres sentidos a la palabra resultado: a) como consecuencia final de algo, b) como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y c) lesión del objeto material. Véase, CORCOY BIDASOLO. MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, página 129 y siguientes.

⁷⁴ Eso se observa en los delitos de resultado, mientras que el resultado material no conforma la descripción típica. Ver, MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 189.

⁷⁵ BELING. ERNEST, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, página 110 y siguientes; BELING. ERNEST, *Esquema de derecho penal*, traducción al Castellano por SEBASTIAN SOLER, Buenos Aires, 1944, página 54; BELING. ERNEST, *El rector de los tipos de delito*, traducción al Castellano por L. PRIETO CASTRO y J. AGUIRRE CARDENAS, Madrid, 1936, página 12 y siguientes.

⁷⁶ Por el contrario, HIRSCH estima que el concepto de desvalor de resultado está ligado al de resultado típico y que lo aquí llamado “desvalor de resultado” puede ser sustituido por el término “desvalor sobre el estado de las cosas” (*Unwertsachverhalt*) que anteriormente fue utilizado por SCHMIDHÄUSER. Así, considera que, en los delitos dolosos de resultado, el desvalor de resultado es equiparado al resultado típico; mientras que en los imprudentes de resultado, de acuerdo con el autor, el resultado material toma importancia, pero sólo en relación al descuido o irrelevancia conciente del autor al realizar alguna actividad. Ver, HIRSCH. HANS JOACHIM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, traducción al Castellano por CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ, Bogotá, 1993, página 40 y siguientes; así mismo PAVÓN VASCONCELOS. F., - VARGAS LÓPEZ. G., *Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal*, México D. F., 1997, página 17; HIRSCH. HANS JOACHIM, *Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado o sobre el estado de las cosas”*, traducción al Castellano a cargo de EDUARDO DEMETRIO CRESPO, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 779; en concreto sobre la propuesta de SCHMIDHÄUSER. Ver, SCHMIDHÄUSER. EBERHARD, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1984, página 91; KÖHLER. MICHAEL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1997, página 25.

ficación se obtiene la existencia de una divergencia de los conceptos “evento” (*Tatbestandsvorkommnis*), “resultado material típico” (*Tatbestandserfolgsbegriff*),⁷⁷ y “desvalor de resultado” (*Erfolgsunwert*).⁷⁸ Ahora bien, tratándose de delitos de con-

En el ámbito de los delitos de peligro abstracto, lo anteriormente señalado también ha sido motivo para llenar de contenido en forma diversa el término “desvalor de resultado”. Esto se ve especialmente en el trabajo de KRATZSCH, para quien el resultado de “peligro abstracto de producción de resultado” es lo que constituye el desvalor de resultado. Ver, KRATZSCH. DIETRICH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985, página 218 y siguientes y 274 y siguientes; KRATZSCH. DIETRICH, *Prävention und unrecht*, en GAS, 1989, página 49 y siguientes.

⁷⁷ Bien hace KÜHL al señalar que este concepto estaría más bien relacionado con el advenimiento material de un daño (*Shaden*) y no con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (*Rechtsgutsverletzung*) que pertenece al ámbito del desvalor de resultado (*Erfolgsunwert*). Ver, KÜHL. KRISTIAN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1994, página 16.

⁷⁸ DE TOLEDO Y UBIETO. EMILIO OCTAVIO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1990, página 20; CORCOY BIDASOLO. MIRENTXU, *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso de presunción de inocencia e in dubio pro-reo*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don JOSÉ CEREZO MIR*, edición a cargo de JOSÉ LUIS RIPOLLÉS, CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, LUIS GRACIA MARTÍN y JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERÁ, Madrid, 2002, página 593 y siguientes; En Latinoamérica esta posición también ha sido defendida. Ver, MODELELL GONZÁLEZ. JUAN LUIS, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001, páginas 234-235.

Esta clasificación tiene por objeto distinguir los diferentes sentidos útiles del concepto de “resultado en la doctrina” que no hacen más que multiplicar el uso del término, produciendo confusión. Por ejemplo, LAURENZO se pregunta: “¿Es verdaderamente necesario duplicar el concepto de resultado a pesar de las confusiones a que esta técnica puede dar lugar? —y responde— A primera vista podría pensarse que el problema que se está planteando es sólo aparente, pues si en verdad cada uno de estos conceptos describe fenómenos específicos y bien diferenciados entre sí, todo se reduciría, cuando mucho, a una cuestión terminológica no difícil de solucionar. Bastaría con prescindir del término *resultado* en uno de los dos casos para evitar cualquier posible confusión. Sin embargo, como se verá en lo que sigue, esta separación tajante entre los dos sentidos de *resultado*, que se mantiene con mucho énfasis a la hora de fijar los criterios generales del sistema, difícilmente es sostenida con el mismo rigor cuando se trata de establecer el contenido específico de cada uno de ellos. Muy por el contrario, es usual detectar un nada desdeñable acercamiento entre ambos conceptos, hasta el punto de que, en ocasiones, se hace prácticamente imposible discernir si se está hablando del resultado en sentido estructural o como elemento cofundamentador de lo injusto. No es frecuente, por ejemplo, que autores que expresamente manifiestan la necesidad de mantener la separación entre ambos elementos, advirtiendo, sobre todo, que el resultado como elemento de ciertos tipos es algo distinto y menos amplio que la lesión o peligro para el bien jurídico, en un contexto diferente se refieran al resultado típico precisamente en estos últimos términos, es decir, como efecto de la acción sobre el bien tutelado por la norma correspondiente. Y, al contrario, tampoco es extraño que en las referencias al *desvalor de resultado* se encuentren consideraciones que obligan a vincular dicho elemento con el efecto separable de la acción, esto es, con el *resultado* como elemento estructural”. LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, páginas 31 y 32.

Estos conceptos no son distinguidos claramente en el ámbito jurídico conceptual por ZIELINSKI como se vuelve patente cuando señala que “en verdad, ex post sólo la acción que alcanza el resultado se muestra con poder de resultado puede ser pensada como diferente y distinguible también ex ante de la cantidad de acciones (tentativas) sin poder de resultado; no obstante, el fundamento de la poderosidad de resultado de ninguna manera necesita residir en la finalidad constitutiva del

ducta, se observa que el “evento típico” se reduce a la descripción de una conducta en la que, aunque el resultado no es materialmente perceptible, sí existe una consecuencia que condiciona la existencia de un desvalor de resultado,⁷⁹ pues, como se verá con posterioridad en este trabajo, la verificación de la existencia del “desvalor de resultado” no depende de la *materialización o acaecimiento del resultado*,⁸⁰ pero sí de la existencia de una consecuencia causal típicamente descrita que deberá ser objeto de verificación respecto de la producción del desvalor de resultado producto del desvalor de acción.⁸¹ De esta manera, muchos son los casos en los que la descripción típica del evento no contiene un resultado materialmente perceptible, pero en los que, sin embargo, se hipotetiza⁸² normativamente con una consecuencia típica que

desvalor de acto y del ilícito, ni aun menos en la elevada energía criminal en la elevada peligrosidad criminal del autor. El hecho de que una acción quede sin resultado ocasionalmente puede basarse, por cierto, en la insuficiente capacidad de perseverancia de la voluntad; entonces, existe un menor desvalor de acto. Pero la ausencia de resultado de la acción también puede ser atribuida a la mera casualidad, por tanto, a circunstancias que son completamente independientes de la finalidad y del autor. Del mismo modo, es posible lo contrario, que, por mera casualidad, una constenlación favorable de circunstancias, no calculada por el autor, lleve, sin embargo —al proyecto de acción planteado y conducido, ex ante, de modo altamente defectuoso (por tanto, poco prometedor)—, al resultado”. ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 146.

⁷⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 333. Esta conducta advierte SOLA RECHE se aprecia como una agresión al bien jurídico, que no como una lesión; aunque para el autor mencionado también hay conductas que agraden al bien jurídico sin que llegue siquiera a ponerlo en peligro. Ver, SOLA RECHE. ESTEBAN, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, páginas 61-62; MORENO-TORRES HERRERA. MARÍA ROSA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, página 35 y siguientes.

Adviértase que en el caso del delito de injuria, la descripción típica incluye un evento en el que el sujeto activo lesiona la dignidad de un tercero mediante acción o expresión, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En este caso, la conducta (acción o expresión) y ésta conllevaría en forma hipotética a la consecuencia (la lesión de la dignidad por motivo del menoscabo de la fama o de la propia estimación del sujeto pasivo). Ahora bien, la verificación de que el “evento típico” realmente constituya el acaecimiento de un desvalor de resultado, cosa que parecería cuestionable de acuerdo con los parámetros que se expondrán más adelante, está sujeto su estudio en la categoría de la antijuricidad, pero que resulta importante aclarar cómo es que los conceptos de “evento”, “resultado” y “desvalor de resultado” mantienen cierta consecución que le es similar a los delitos de resultado material.

⁸⁰ Esto es así, porque, como ya fue advertido por SCHMIDHÄUSER, el concepto de resultado (*Erfolgsbegriff*) tiene como requisito una condición naturalista de realización. Ver, SCHMIDHÄUSER. EBERHARD, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1984, página 53; más recientemente KÜHL. KRISTIAN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1994, página 16.

Por el contrario, también ha habido renovadas tendencias que proponen que la representación de la desvaloración del hecho se debe al resultado (*Erfolg*) causado por la acción (*Handlung*). Ver, GROPP. WALTER, FREUND. GEORG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 2001, página 81.

⁸¹ DE TOLEDO Y UBIETO. EMILIO OCTAVIO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1990, página 20.

⁸² En este sentido, STRATENWERTH ya había mencionado que “la adecuación de un supuesto de hecho típico sólo significa que la conducta contradice una prohibición o un mandato sancionado jurídi-

debería coincidir con el “desvalor de resultado”, el que deberá ser patente e incluso verificable en la categoría de la antijuricidad.⁸³

En efecto, como se reconocería a partir del establecimiento de la teoría finalista, se debe asentar que el dolo y la culpa son elementos subjetivos del tipo, y en esa precisa medida configuran el injusto, pero ello no implica que sólo la acción deba ser valorada a efecto de agotar el injusto.⁸⁴ Con esto se puede observar que ciertamente la valoración del dolo y la culpa se ajustan al estudio del tipo, pero en la categoría de la antijuricidad es en donde se estudiaría la lesión del bien jurídico.⁸⁵ Por lo tanto, el injusto debe ser valorado desde una posición dualista.⁸⁶ Tratándose de los delitos

camente”. Ver en STRATENWERTH. GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General*, traducción al Castellano por GLADYS ROMERO, Madrid, 1982, página 129; así mismo DE TOLEDO Y UBIETO. EMILIO OCTAVIO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1990, página 20; SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 164; HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 17 y siguientes; LUZÓN PEÑA. DIEGO MANUEL, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, edición coordinada por DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA y SANTIAGO MIR PUIG, Pamplona, 1995, página 21 y siguientes; TRAPERO BARREALES. MARÍA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 4; DÍEZ RIPOLLÉS. JOSÉ LUIS, *El bien jurídico en el derecho penal garantista*, en RCEPUA, SANTA FE de Bogotá, Enero-Abril 1999, página 129 y siguientes; LUZÓN PEÑA. DIEGO MANUEL, *Alcance y función del Derecho penal*, en ADPCP, 1989, página 11; RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 338; NINO. CARLOS SANTIAGO, *Límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, página 4 y siguientes; MATT. HOLGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, München, 1996, página 52 y siguientes.

Se manifiestan en contra de los juicios hipotéticos. JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 263; LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, página 177 y siguientes; VALLE MUÑOZ. JOSÉ MANUEL, *La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Barcelona, 1997, página 450; GÓMEZ BENITEZ. JOSÉ MANUEL, *Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al derecho penal)*, en RFDUCM, 69, Otoño 1983, página 88.

⁸³ Esto es refutado por WELZEL, quien, como ya se ha visto, elimina cualquier juicio de valor objetivo en la categoría de la antijuricidad porque, a su juicio, la “acción”, como elemento subjetivo, condiciona la ilicitud de esta en función del desvalor de voluntad que se materializa en la acción, misma que es estudiada desde la categoría de la conducta. Ver, WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 55.

⁸⁴ STRATENWERTH. GÜNTHER, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, en STRATENWERTH. GÜNTHER, *Acción y resultado en el Derecho Penal*, traducción al Castellano a cargo de MARCELO A. SANCINETTI y PATRICIA S. ZIFFER, Buenos Aires, 1991, página 27.

⁸⁵ JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 255 y siguientes; MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 189 y siguientes.

⁸⁶ De aquí se puede observar que existen dos elementos a considerar. Por un lado, los elementos subjetivos, referentes y conducibles dentro de la conducta dirigida finalmente, y por otro, el elemento

de resultado, el tipo comprendería ya la necesaria comprobación de un “evento”,⁸⁷ aunque de manera formal es en la categoría de la antijuricidad donde se verificaría el “desvalor de resultado”. En otras palabras, los elementos subjetivos y objetivos contenidos en el tipo no agotan el estudio de la lesión de bienes jurídicos y por lo tanto del injusto. Por otro lado, en los delitos de mera actividad, ciertamente el tipo no contiene un “resultado material”, pero sí hipotetiza⁸⁸ una agresión a un bien ju-

objetivo que consiste en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 305; HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 67 y siguientes; BOCKELMANN. PAUL, - VOLK. KLAUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1987, página 49; KÜHL. KRISTIAN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1994, página 16.

Con especial cuidado en defender el concepto de desvalor de resultado, aunque no con total claridad, pues llegan a equiparar dicho concepto con el “resultado”. Ver, JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 255 y siguientes; MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 189 y siguientes; STRATENWERTH. GÜNTHER, *De la relevancia del disvalor de resultado en el Derecho Penal*, en STRATENWERTH. GÜNTHER, *Acción y resultado en el Derecho Penal*, traducción al Castellano a cargo de MARCELO A. SANCINETTI y PATRICIA S. ZIFFER, Buenos Aires, 1991, página 65 y siguientes; WESSELS. JOHANNES, - BEULKE. WERNER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2003, página 5; BRINGEWAT. PETER, *Grundbegriffe des Strafrechts*, Baden-Baden, 2003, página 184.

Sobre este punto, pero enfocado a la tentativa, véase NUÑEZ PAZ. MIGUEL ÁNGEL, *El delito intentado*, Madrid, 2003, página 26.

⁸⁷ CEREZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 11 y 146; TORIO LÓPEZ. ÁNGEL, *Cursos causales no verificables en Derecho Penal*, en ADPCP, 1983, página 235; BOCKELMANN. PAUL, - VOLK. KLAUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1987, página 42; MATT. HOLGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, München, 1996, página 52 y siguientes. Comenta TORIO que “La causalidad es elemento integrante del tipo de los delitos materiales o de resultado. La imputación objetiva del resultado supone que éste haya sido causado por la acción. El resultado natural forma parte de la materia prohibida, no es mera condición objetiva de punibilidad”. Ver, TORIO LÓPEZ. ÁNGEL, *Cursos causales no verificables en Derecho Penal*, en ADPCP, 1983, página 235.

⁸⁸ En este sentido, STRATENWERTH ya había mencionado que “la adecuación de un supuesto de hecho típico sólo significa que la conducta contradice una prohibición o un mandato sancionado jurídicamente”. Ver en STRATENWERTH. GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General*, traducción al Castellano por GLADYS ROMERO, Madrid, 1982, página 129; así mismo DE TOLEDO Y UBIETO. EMILIO OCTAVIO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP, 1990, página 20; SILVA SÁNCHEZ. JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, página 164; HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 17 y siguientes; LUZÓN PEÑA. DIEGO MANUEL, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, edición coordinada por DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA y SANTIAGO MIR PUIG, Pamplona, 1995, página 21 y siguientes; TRAPERO BARREALES. MARÍA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 4; Díez RIPOLLÉS. JOSÉ LUIS, *El bien jurídico en el derecho penal garantista*, en RCEPUA, SANTA FE DE Bogotá, Enero-Abril 1999, página 129 y siguientes; LUZÓN PEÑA. DIEGO MANUEL, *Alcance y función del Derecho penal*, en ADPCP, 1989, página 11; RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 338; NINO. CARLOS SANTIAGO, *Límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, página 4 y siguientes; BOCKELMANN. PAUL, - VOLK. KLAUS, *Strafrecht*

rídico, desvalor de resultado, que también debe ser verificada. Así, tratándose tanto de delitos de resultado, como de delitos de mera conducta,⁸⁹ estaría impuesta una evaluación respecto del “desvalor de resultado” en la categoría de la antijuricidad por los motivos que se han venido argumentando, mientras que el evento típico y los elementos subjetivos deberían haber sido estudiados anteriormente en la categoría del tipo.

VI. DESVALOR DE RESULTADO E INJUSTO

El error principal de las teorías causales de la conducta se centra en desconocer la voluntad rectora respecto de la acción u omisión, pues desconocen en el proceso causal desencadenado la voluntariedad del sujeto activo para producir el resultado previsto, sosteniendo sus postulados en presupuestos metodológicos naturalistas.⁹⁰ Sin embargo, el error al que conduce el finalismo “radical” consiste en sancionar, bajo el principio de ejecución, conductas que conforme a un plan y de acuerdo con el saber causal del sujeto activo, reflejan un proceso interno en el “alma del autor”; desconociendo con ello que un verdadero sistema de protección de bienes jurídicos se aferraría a la estricta sanción de conductas finales siempre que sean lesivas o causantes de un peligro a bienes jurídicos, con lo cual se advierte que el desencadenamiento de la voluntad en actos o medios ideales e ideados por el autor, no necesariamente causan una lesión de bienes jurídicos.⁹¹ Es decir, que la postura finalista llevada a sus

Allgemeiner Teil, München, 1987, página 42; MATT. HOLGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, München, 1996, página 52 y siguientes.

Se manifiestan en contra de los juicios hipotéticos. JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 263; LAURENZO COPELLO. PATRICIA, *El resultado en el Derecho Penal*, Valencia, 1992, página 177 y siguientes; VALLE MUÑOZ. JOSÉ MANUEL, *La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Barcelona, 1997, página 450; GÓMEZ BENITEZ. JOSÉ MANUEL, *Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al derecho penal)*, en *RFDUCM*, 69, Otoño 1983, página 88.

⁸⁹ Sobre el punto CEREZO menciona que “el desvalor del resultado consiste en la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido. La lesión del bien se dará siempre en los delitos de resultado material, pero puede concurrir también en los delitos de simple actividad, pues la lesión del bien jurídico no precisa ir acompañada de la producción de un resultado material o externo”. CEREZO MIR. JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español*, Tomo II Teoría jurídica del delito/1, Madrid, 1997, página 146.

⁹⁰ ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 106.

⁹¹ Critica ROXIN la caracterización del injusto desde ambos sistemas, el causalista y el finalista, pues añade que “el injusto no puede ser caracterizado mediante categorías como la de la causalidad o la finalidad. Él no es causalmente necesario o causado de manera final, como por ejemplo en la omisión. Y también, donde se presentan estas estructuras, les falta relación con el Derecho Penal, de manera que no sirven para caracterizar lo que de una acción típica es penalmente relevante. Más bien, desde el punto de vista de un sistema funcional de Derecho penal, el injusto de la imprudencia

extremos sugiere implícitamente sancionar meros pensamientos y no conductas que lesionan bienes jurídicos.⁹² Sin embargo, el injusto, entendido como conducta típica antijurídica, se va agotando a través de diferentes pasos que confirman la ilicitud de una conducta. Como se ha visto, en un principio la categoría de la conducta (acción) verifica la existencia de una acción u omisión independientemente de los elementos subjetivos que dan lugar a su manifestación externa, ya sean los elementos subjetivos u objetivos. En un segundo lugar, en la tipicidad se valora el dolo y la culpa como elementos subjetivos de la conducta, así como los elementos típicos objetivos y, en concreto, el resultado. Finalmente, el injusto se agotaría en el estudio de la antijuricidad de la conducta típica en dos sentidos autónomos.⁹³ Por un lado, el estudio de las causas de justificación, que en sí requerirían una discusión que no es abarcada en este trabajo por exceder sus límites, y, por otro, la verificación de la existencia del desvalor de resultado. En este sentido, el injusto no se agota ni con la “comisión de la conducta”, ni con la del “desvalor de acción u omisión final, ni con el avenimiento del “resultado” por sí mismos o incluso con la presencia simultánea de todos estos elementos,⁹⁴ aunque la conducta es un prerequisite para estudiar la antijuricidad

y de la omisión es el resultado de una imputación según parámetros jurídicos. Luego, los problemas esbozados tanto de la teoría causal como final de la acción carecen de objeto desde el principio”. ROXIN. CLAUS, *Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de derecho penal*, en *Dogmática penal y política criminal*, edición y traducción al Castellano a cargo de MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ, Lima, 1998, página 27.

En sentido similar al expuesto por ROXIN, MIR PUIG también critica los fundamentos de acción y consecuencia de las posturas finalistas y propone un concepto normativo de causalidad. Ver, MIR PUIG. SANTIAGO, *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, edición a cargo de JOSÉ CERZO MIR y ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Madrid, 2001, página 394.

⁹² BUSTOS RAMÍREZ. JUAN, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, página 173.

⁹³ Se especifica que la antijuricidad se agota ante el estudio de dos elementos “autónomos” porque, como se verá, las causas de justificación (primero) se refieren a la acción y no al desvalor de resultado (segundo) por sí. De ahí que cuando concurre una acción justificada a la par de un consecuente desvalor de resultado, este último subsiste, aunque la conducta no es del todo desaprobada por falta del desvalor de acción. Véase sobre el tema en RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 336; LUZÓN PEÑA. DIEGO MANUEL, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, edición coordinada por DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA y SANTIAGO MIR PUIG, Pamplona, 1995, página 33; así TRAPERO BARREALES. MARÍA A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, 2000, página 4; JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 255 y siguientes; MAURACH. REINHART, *Tratado de Derecho Penal*, traducción al Castellano por JUAN CÓRDOBA RODA, Tomo II, Barcelona, 1962, página 189 y siguientes.

Por el contrario, GÓMEZ BENITEZ elude que en la antijuricidad haya espacio para ejercer un límite al *ius puniendo*. Ver, GÓMEZ BENITEZ. JOSÉ MANUEL, *Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al derecho penal)*, en *RFDUCM*, 69, Otoño 1983, página 88.

⁹⁴ El desvalor de resultado no es de menor importancia jerárquica que el desvalor de acción en la constitución del injusto. Ambos, el desvalor de acción y el desvalor de resultado confluyen al mismo

(falta de causas de justificación y acaecimiento del desvalor de resultado),⁹⁵ porque a la par de identificar la existencia de causas de justificación,⁹⁶ faltaría verificar el desvalor de resultado, es decir, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.⁹⁷ Ello, porque la ventaja esencial del reconocimiento del delito como lesión de un bien jurídico resalta el acentuar la producción del resultado material, del daño a un interés personal y de graduación del injusto.⁹⁸

Así se advierte que el “resultado típico” y el “desvalor de resultado” sí tienen una función en la determinación del injusto,⁹⁹ al igual que el “desvalor de

nivel a conformar la antijuricidad de un comportamiento. Así, HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 72.

⁹⁵ Cuando se presenta simultáneamente que no existen causas de justificación y que por otro lado acontece un desvalor de resultado, se configura la antijuricidad de la conducta típicamente descrita. A pesar de que ambas figuras confluyen para configurar la antijuricidad de las conductas típicas, es necesario asegurar que cada una de ellas pertenece a dos ámbitos diferentes. La presencia de causas de justificación excluye la antijuricidad de las conductas, aunque sean típicas, en función de ser disposiciones permisivas de la realización del tipo; En tanto que, por otro lado, la falta de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (desvalor de resultado) no permite la realización del tipo, sino que excluye su antijuricidad en virtud del fin programático del derecho penal: la protección de bienes jurídicos.

⁹⁶ La causa de justificación produce que la prohibición de la norma no valga, al menos para el caso en concreto en que la conducta no estaría prohibida, está permitida. La causa de justificación tiene la función de ser un precepto permisivo, el cual se encuentra en una relación específica con la prohibición normativa. Esta relación es concebible como una relación monista o como dualista: o bien la causa de justificación ya es parte integrante de la norma, por tanto, no produce en absoluto su neutralización, sino que la restringe de antemano; o bien el precepto permisivo está como precepto jurídico autónomo junto a la norma y excluye la fuerza de ésta para un caso individual concreto.

⁹⁷ Contrariamente a la posición presentada en este trabajo, WELZEL argumenta que “en la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o peligro a un bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, y nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico caracterice lo suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea”. Ver, WELZEL. HANS, *Derecho Penal Alemán*, traducción al Castellano por JUAN BUSTOS RAMÍREZ y SERGIO YÁNEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1997, página 75.

⁹⁸ ALCÁCER GUIRAO. RAFAEL, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003, página 107.

⁹⁹ Esta distinción también es observada por SOLA RECHE, consideración que no le supone trascendencia para sustentar su teoría de la tentativa sobre el incremento del riesgo mediante la desestimación del concepto del desvalor de resultado. Ver, SOLA RECHE. ESTEBAN, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, páginas 92-103; SOLA RECHE. ESTEBAN, *La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal*, en *ADPCP*, 1994, página 167 y siguientes.

En efecto, el autor señala que “el desvalor de resultado, como aquí se entiende, no influyen en el desvalor de la acción, sino que da cuenta de la mayor o menor entidad de la agresión al ordenamiento jurídico, debida a una acción disvaliosa; el resultado lesivo ni es presupuesto del desvalor

acción”.¹⁰⁰ Por un lado, el “resultado” trasciende en el tipo actualizando la configuración de conductas típicas consumadas o, bien, actualizando la configuración de tentativas de algún delito; por otro, el desvalor de resultado trasciende en función de la confirmación de la ausencia de causas de justificación, que se activan como presupuesto de hecho objetivo y, por lo tanto, excluyendo la única evaluación de los elementos subjetivos de la “acción”.¹⁰¹ Así al estudiar el desvalor de resultado

de la acción, ni tiene relevancia jurídico penal autónoma, ni es decisivo para la antijuricidad”. Ver, SOLA RECHE. ESTEBAN, *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, página 110.

¹⁰⁰ Afirma RODRÍGUEZ MOURULLO que “es indiscutible, pues, que el desvalor de acción puede jugar, y de hecho juega en ocasiones, un papel decisivo, al lado del desvalor de resultado, en la integración del contenido material de la antijuricidad. Lo que resulta incorrecto es atribuirle la primacía hasta el punto de llegar a estimar que el significado decisivo corresponde al desvalor de acción —representado por el apartamiento del recto sentir jurídico— y que el desvalor de resultado (puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos) es sólo un elemento *adicional* de la acción antijurídica”. RODRÍGUEZ MOURULLO. GONZALO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, 1977, página 333.

¹⁰¹ Precisamente ZIELINSKI propone que las causas de justificación se deberían aplicar ante la actualización de una de ellas cuando se encuentran voluntariamente determinadas, excluyendo cualquier estudio o relación con cualquier elemento objetivo que interfiera con la evaluación de los elementos subjetivos de la “acción” que estaría justificada ante los ojos del autor. Ver, ZIELINSKI. DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*, traducción al Castellano por MARCELO A. SANCINETTI, Buenos Aires, 1990, página 1; así mismo en la lengua española, SUÁREZ MONTES. RODRIGO FABIO, *Reflexiones en torno al injusto penal*, en *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho Penal*, coordinado por DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA y SANTIAGO MIR PUIG, Madrid, 1995, página 189; VALLE MUÑOZ. JOSÉ MANUEL, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, 1994, página 112 y siguientes; VALLE MUÑOZ. JOSÉ MANUEL, *La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación*, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, edición a cargo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Barcelona, 1997, página 440; SANCINETTI. MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 2001, página 524.

Por otro lado, RÖXIN comenta acertadamente, en lo que pudiera ser aplicado en crítica a lo expuesto por ZIELINSKI, que “sólo el tipo total es capaz de realizar sin limitaciones la exigencia de la moderna teoría del tipo, según la cual éste debe ser *ratio essendi* de la antijuricidad. Si los presupuesto objetivos de la justificación no forman parte del tipo, se producirán dificultades en los casos en que una acción sea típica pero no antijurídica, como ocurre en la defensa necesaria. Es difícil comprender cuando se oye afirmar que en tales supuestos se da el fundamento de hecho de la antijuricidad a pasar de que la acción es conforme a derecho”. Y continua el autor, “esta falta de coordinación puede evitarse interpretando que la realización del tipo es *ratio essendi* con respecto a la pertenencia del hecho al tipo de injusto, pero, al contrario, que es sólo *ratio cognocendi* de la antijuricidad en el caso concreto, como lo hace Gallas”. De esta manera RÖXIN concluye que “el tipo penal debe ser realmente *ratio essendi* de lo injusto (y no sólo del tipo del injusto), habrá que incluir en él todos los elementos determinantes de lo injusto, sean negativos o positivos. El tipo que sólo exprese un tipo de injusto, y no lo injusto, se queda a mitad de camino”. RÖXIN. CLAUS, *Teoría del tipo penal*, traducción a cargo de ENRIQUE BACIGALUPO, Buenos Aires, 1979, páginas 276 y 277.

La posición de ZIELINSKI, no puede ser aceptada por las consecuencias de dicha fundamentación que siguiendo a RIGHI, son: “1º) el resultado expresado en la lesión de un bien jurídico, es confinado a cumplir una condición objetiva de punibilidad; 2º) consiguientemente, el prototipo de injusto queda situado en la tentativa; 3º) el centro de interés está ocupado por el concepto de peligro concreto;

(lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos) no se quiere decir que mediante el derecho se trate de sancionar el simple acaecimiento de resultados, pues es claro que el derecho penal sanciona conductas. Toda norma penal que contiene un tipo describe una acción u omisión voluntaria o culpable. Sin embargo, lo que se debe dejar claro es que un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos no puede, por cuestiones de orden y coherencia sistemática interna, sancionar conductas que no agredan (lesionen o pongan en peligro) a un bien jurídico. Además, en todo caso, desde un punto de partida que configurara la justificación de la activación del poder punitivo de Estado por razones preventivas de protección de bienes jurídicos mediante la amenaza penal (prevención general positiva), también pretendería evitar la producción de resultados lesivos a través del no acaecimiento de una conducta que pudiera ocasionar el desvalor de resultado. De manera tal que, al menos, como postulado de aceptación mayoritaria, sino unánime, se impone la idea de conminar con pena la realización de ciertas conductas porque son proclives de producir un daño y no por su configuración misma.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo se ha sostenido que el concepto de bien jurídico y su ofensa o puesta en peligro, deben ser elementos de análisis de la antijuricidad de la conducta, debido a que el referido concepto se encuentra expresamente citado en los artículos 16 y 22 de la Constitución Mexicana y 15 y 52 del Código Penal Federal. Los referidos artículos obligan a la autoridad judicial al menos a justificar, evaluar y ponderar el daño al bien jurídico o su puesta en peligro para imponer sanciones penales y medidas de seguridad.

La figura del bien jurídico y la ofensa al mismo ha perdido la fuerza dogmática tradicional para incorporarse a la experiencia práctica y ejercicio del derecho penal para determinar su existencia, el daño causado y la ponderación necesaria para la aplicación de las penas o medidas de seguridad. Este contexto, nos obliga a encontrar medios científicos para analizar la relación entre la conducta, la tipicidad y la

4º) se adjudica al delito consumado la misma pena que a la tentativa acabada, pues ambos tienen similar contenido de injusto; y 5º) para evitar lagunas de punibilidad, los partidarios de este punto de vista abandonan el principio de accesoriadad limitada a hechos principales típicamente contrarios a derecho". Ver, RIGHI. ESTEBAN, *Antijuricidad y Justificación*, Buenos Aires, 2002, páginas 24 y 25. Asimismo, critican esta postura LUZÓN PEÑA. DIEGO MANUEL, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, edición coordinada por DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA y SANTIAGO MIR PUIG, Pamplona, 1995, página 33 y 39; HUERTA TOLCIDO. SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, página 72 y siguientes; JESCHECK. HANS-HEINRICH, - WEIGEND. THOMAS, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traducido al Castellano por MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, página 256 y 257; ROXIN. CLAUS, *Teoría del tipo penal*, traducción a cargo de ENRIQUE BACIGALUPO, Buenos Aires, 1979, página 276 y 277.

antijuridicidad en el marco del concepto de bien jurídico y, con ello, proponer una fórmula de evaluación del principio de ofensividad.

En este trabajo se propone un replanteamiento del estudio sobre el principio de ofensividad de acuerdo con la recomposición de algunos conceptos dogmáticos, con consecuencias importantes en algunas de las categorías de la teoría del delito. En especial, se propone una teoría de las normas que facilite la intervención del derecho penal en dos momentos normativos *ex ante* (en su creación legislativa) y *ex post* (*con el acaecimiento de la conducta típica*); como consecuencia, se propone que, para establecer la ofensividad como elemento de antijuridicidad, se establezca la valoración de las categorías de conducta, desvalor de conducta, evento, desvalor de resultado y su relación con la conducta típica.