

REYES ALVARADO, YESID, "El mito del resultado", Nuevo Foro Penal, 99, (2022).

## El mito del resultado<sup>1</sup>

*The myth of the result*

Fecha de recibo: 23/05/2022. Fecha de aceptación: 29/09/2022.

DOI: 10.17230/nfp18.99.2

YESID REYES ALVARADO<sup>2</sup>

### Resumen

El resultado no es un mito, como plantea Sancinetti. Lo que ha existido es un doble tratamiento del concepto de resultado, que impide llegar a consensos sobre su naturaleza. Mientras algunos lo identifican con cualquier modificación producida en el mundo exterior, otros lo equiparan a infracción de la norma.

### Palabras clave

Resultado, mito, bien jurídico, desvalor de acción, desvalor de resultado, tentativa inidónea, riesgo permitido, riesgo desaprobado adecuación social, infracción de la norma.

### Abstract

The result is not a myth, as Sancinetti puts it. What has existed is a double treatment of the concept of result, which prevents consensus on its nature. While some identify it with any modification produced in the outside world, others equate it to violation of the rule.

---

1 En lo esencial este artículo coincide con el que fue originalmente publicado en alemán, como parte del libro en homenaje al profesor Marcelo Sancinetti; cfr. YESID REYES, "Der Mythos des Erfolges", en *Brücken bauen – Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, págs. 189 a 200.

2 Profesor de Derecho penal en la Universidad de Los Andes (Bogotá) cuando se escribió la versión alemana. Director del departamento de Derecho pena de la Universidad Externado de Colombia, cuando se publicó esta versión en castellano.

## Keywords

Result, myth, legal interests, lack of value of action, lack of value of result, inappropriate attempted crime, allowed risk, risk disapproved social adequacy, violation of the rule.

## Sumario

1. Introducción. 2. Bien jurídico e injusto. 3. Desvalor de acción y desvalor de resultado. 4. El resultado como infracción de la norma. 5. Conclusión. Bibliografía.

### 1. Introducción

Me complace mucho haber sido invitado a tomar parte en este libro homenaje a Marcelo Sancinetti, no solo por los agradables momentos que compartimos en Bonn durante una estancia de investigación, sino porque siempre me impresionó la rigurosidad con que emprendía sus trabajos, sin importar si se trataba de una traducción o de escudriñar en los vericuetos de temas tan complejos como la teoría de las normas, la participación o el desistimiento.

En una de sus publicaciones más importantes, Sancinetti calificó al resultado como un mito derivado de un dogma causal (“la magia causal”<sup>3</sup>), de origen “animista y mágico”<sup>4</sup> propio de sociedades primitivas, que tendían a refugiarse en la aparente seguridad brindada por un resultado al que veían como “la prueba de que un dios señala con el dedo al verdadero delincuente”<sup>5</sup>. Ese mito tendría dos niveles: el primero (al que denomina primario) cumpliría una función de derecho material en cuanto “juzgar a una acción por sus consecuencias dejaría cubierto al autor de la arbitrariedad’ del juicio sobre sus intenciones”<sup>6</sup>; el segundo (al que designa como secundario) tendría importancia en el ámbito procesal debido a que “la sospecha creada por el resultado” permitiría inferir “que su autor, además de causarlo, lo habría también querido”<sup>7</sup>. En un escrito posterior, no menos importante, Sancinetti revisa la confrontación entre objetivismo y subjetivismo que dividió a los discípulos

---

3 Cfr. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, ed. Temis, Bogotá, 1995, p. 259.

4 SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 2ª reimpresión, p. 67.

5 Cfr. *Ibidem*, p. 67.

6 Cfr. *Ibidem*, p. 68.

7 Cfr. *Ibidem*, p. 68.

de Welzel (básicamente a Armin Kaufmann y Günther Jakobs), y concluye que sus diferencias en torno al ilícito doloso “no son ciertamente dramáticas”<sup>8</sup> pese a lo que parece dar a entender el hecho de que se trate de vertientes caracterizadas, entre otras cosas, por sostener puntos de vista diversos sobre el concepto y la importancia del resultado en la teoría del delito.

## 2. Bien jurídico e injusto

La discusión sobre si el delito es la lesión de un derecho<sup>9</sup> o requiere, adicionalmente, la de un bien<sup>10</sup>, no tiene que ver exclusivamente con la noción y utilidad del bien jurídico, sino que se extiende a otros ámbitos, en cuanto plantea la pregunta de si el delito, entendido como infracción de la norma, permite prescindir del concepto de resultado, y si este último coincide con el de bien jurídico. Welzel, por ejemplo, parecía identificar el bien jurídico con el “substrato empírico (material o inmaterial) que le sirve de base”<sup>11</sup>; desde esa perspectiva, rechazaba el entendimiento de la contrariedad al derecho como lesión causal al bien jurídico, advirtiendo que su lesión o puesta en peligro solo era esencial “en la mayor parte de los delitos”<sup>12</sup>; al identificar el bien jurídico con el desvalor de resultado, Welzel entendía que él no estaba presente en hipótesis como la de la tentativa inidónea<sup>13</sup> que, de esa manera, resultaría punible pese a no ser una conducta peligrosa para los bienes jurídicos.

Zielinski criticó a Welzel por utilizar un concepto de acción ontológico<sup>14</sup> (en el que seguía teniendo alguna importancia el resultado), y buscó superar esa inconsistencia a través de dos correctivos: el primero consistió en precisar que no todos los bienes jurídicos se concretan en objetos corporales susceptibles de afectaciones; agregó que, cuando ello no ocurre, esa abstracción hace difícil su salvaguardia, por lo que el ordenamiento jurídico busca protegerlos de manera más eficiente a través de la selección de finalidades intermedias (en el sentido de acciones finales), que

---

8 Cfr. SANCINETTI, *Fundamentación*, p. 255.

9 Como proponía FEUERBACH; cfr. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer’s Verlag, Giessen, 1847 (herausgegeben von Mittermaier), §21, p. 45.r.

10 Cfr. BIRNBAUM, “Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechenens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv für Criminalrechts – Neue Folge*, Halle, 1834, p. 175 y 176.

11 MIR, *Derecho penal – parte general*, ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 10ª edición, p. 174.

12 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 62.

13 WELZEL, ed. cit., p. 62.

14 Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Dunker & Humblot, Berlin, 1973, p. 126.

normalmente constituyen medios para la afectación del bien jurídico, a las que grava con un juicio de valor<sup>15</sup> (negativo); es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se sanciona el falso testimonio para proteger el bien jurídico (abstracto) de la administración de justicia.

El segundo se concretó en la caracterización del injusto como el puro desvalor de acción que, además, constituiría el objeto de la norma, el contenido de la prohibición jurídico-penal<sup>16</sup>. Contra lo que pudiera parecer a primera vista, esta construcción no implicaba prescindir del concepto de bien jurídico<sup>17</sup>, sino tan solo reformularlo. Desde su perspectiva, el desvalor de la acción consiste en la intención de conseguir el resultado desvalorado, por lo que, si el resultado no se da, el desvalor de acción permanece intacto. Esto le permite concluir que la importancia del desvalor de resultado, entendido como lesión al bien jurídico, se debe fundamentalmente a que sin un desvalor de resultado al que esté dirigida la acción, no es posible un desvalor de acción. A su juicio, ninguna acción es en sí misma positiva o negativamente desvalorada, sino en relación con la naturaleza del propósito que persigue (positiva o negativamente valorado); por consiguiente, concluye, no hay acciones que constituyan injusto, cuyo desvalor no esté referido a un bien jurídico<sup>18</sup>.

A través de este ingenioso giro, Zielinski consigue preservar el concepto de bien jurídico como un elemento nuclear de la teoría del delito y evitar que esta se extienda a comportamientos puramente inmorales<sup>19</sup>, pero despojándolo de la connotación ontológica que le confería Welzel. En efecto, al no identificarlo con su substrato, consigue que el bien jurídico no sea visto como el resultado desvalorado conectado causalmente a la acción desvalorada, que era una las críticas que podían hacerse al planteamiento de Welzel; a su vez, y a diferencia de éste último, podía explicar la tentativa inidónea sin tener que prescindir del bien jurídico, porque en ella el dolo del autor estaría también dirigido a conseguir un desvalor de resultado que es lo que, desde su punto de vista, permite cerrar el juicio de desvalor de la acción.

---

15 Cfr. ZIELINSKI, p. 125.

16 Cfr. ZIELINSKI, p. 127.

17 “Naturalmente, el hecho de que el ilícito esté constituido por el disvalor de acción *exclusivamente*, no le quita un ápice al valor del bien jurídico como principio fundante.” SANCINETTI, *Teoría*, p. 39.

18 Cfr. ZIELINSKI, p. 124.

19 “Tendría que estar absolutamente fuera de cuestión que -según esto- un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción no tendría modo de desviar el derecho hacia la moral, porque toda consideración sobre la legitimidad de la protección del ‘interés’ respectivo (bien jurídico) se halla ya en la base del juicio de disvalor sobre la acción”; SANCINETTI, *Teoría*, p. 39.

### 3. Desvalor de acción y desvalor de resultado

Una vez sentadas estas premisas, Zielinski invoca como propósito de las normas la regulación de la conducta humana a través de la imposición de deberes, bien sea mandando que se despliegue un determinado comportamiento, o que se lo omita. La ilicitud, entendida como no satisfacción de esos deberes, es una acción, y el desvalor de la acción que se deriva de dirigirla hacia un determinado fin (a su vez desvalorado), constituye el injusto; dicho con su conocida y lapidaria frase: ilícito es el acto final contrario al deber, y solo él<sup>20</sup>.

Esta formulación ha sido tradicionalmente catalogada como subjetivista<sup>21</sup> por varias razones: la primera, porque el aspecto central del injusto no es una relación causal objetiva; es decir, las acciones no interesan en cuanto causas valoradas ex post como productoras de resultados<sup>22</sup>; la segunda, porque, al desaparecer el resultado (su desvalor en el sentido de afectación al bien jurídico) como parte de una relación causal, solo queda la acción, que es desvalorada cuando está finalmente orientada a conseguir un resultado desvalorado, aun cuando este no sobrevenga<sup>23</sup>; la tercera, porque las normas no pueden prohibir la aparición de resultados, sino tan solo mandar que se desplieguen algunas conductas, o prohibir que se desarrollen otras orientadas a la producción de un resultado desvalorado<sup>24</sup>, cuya sobrevención

20 Cfr. ZIELINSKI, p. 143.

21 Zaffaroni se refiere a ella como la “teoría del puro desvalor de acción” “subjetivismo monista”; cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal – parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, §31/III/2, p. 466; Sobre la condición “subjetivista” de la teoría del injusto de Zielinski, cfr. ROXIN, *Strafrech – Allgemeiner Teil*, Band I, § 16/12, nota 18, p. 456. Ahondando en su naturaleza subjetiva, Roxin advierte que si esta tesis se lleva hasta sus últimas consecuencias, “tendría que ver injusto penal ya en la resolución de actuar en contra de la norma; sin embargo, ello acabaría desembocando en un Derecho penal de a actitud interna”; ROXIN, *Derecho*, § 10/99, p. 202.

22 En la tercera edición de su manual, Mir decía que, “Puesto que la norma penal preventiva apunta a momento de realización de la conducta, intentando motivar a su evitación, el juicio de peligrosidad que convierte en prohibida la acción deberá efectuarse ex ante, en el momento en que el sujeto va a actuar, no importando en cambio la peligrosidad resultante ex post. El Derecho sólo puede pretender que los ciudadanos omitan aquellos comportamientos que en el momento de ser llevados a cabo aparezcan como peligrosos. ¿Cómo podría prohibir la norma a su destinatario que verificase una acción cuya peligrosidad para el bien jurídico que se quiere proteger no puede advertirse hasta después de realizada?” (cfr. MIR, *Derecho Penal – parte general*, PPU, 1990, 3ª edición p. 143). A partir de la siguiente edición, su postura en este tema cambió.

23 Cfr. ZIELINSKI, p. 124.

24 En la tercera edición de su Manual, Mir decía que “el Derecho no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos -ino puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!-, sino solo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos

siempre sería casual<sup>25</sup>; la cuarta, porque si el injusto es la infracción de una norma que únicamente puede determinar a las personas a comportarse de determinada manera, sólo puede ser infringida por quien tenga la capacidad para conocerla, comprenderla y comportarse conforme a ella<sup>26</sup>, lo cual no deja espacio para una distinción entre el injusto y la culpabilidad<sup>27</sup>.

Si bien la teoría de la imputación objetiva (uno de cuyos representantes más caracterizados es Jakobs<sup>28</sup>) mantuvo el resultado (desvalorado) como un elemento del injusto<sup>29</sup>, sus principales desarrollos se dieron en relación con el desvalor de la acción; en lugar de fundamentarlo en la orientación final del autor, se lo edificó a partir de la existencia de deberes de actuación derivados de las posiciones de garantía que cada uno tiene frente a la incolumidad (relativa) de un bien jurídico; las acciones no se valoran negativamente solo porque el autor las despliegue con la intención de afectar un bien jurídico, sino por no cumplir con el deber de proteger (mediante acciones u omisiones) al bien jurídico frente a determinada clase de ataques.

Como esta estructura mantiene el dolo dentro del injusto (donde también están los ingredientes subjetivos del tipo y los conocimientos especiales), algunos le han cuestionado su pretendida objetividad<sup>30</sup>, de una manera similar a como en su momento le censuraron a Welzel que hablara de una antijuridicidad objetiva. La crítica parte de utilizar una perspectiva ontológica para distinguir entre lo subjetivo

---

resultados” (cfr. MIR, 3ª edición, p. 142). Su postura en este tema varió en las ediciones posteriores de su obra, en las que incorporó el desvalor de resultado como característica de la “antijuridicidad penal material” (cfr. MIR, Derecho penal – parte general, 10ª edición, ed. cit., §6/28, p. 168).

25 Cfr. SANCINETTI, *Teoría*, p. 62 y 67.

26 Cfr. SANCINETTI, *Teoría*, p. 19.

27 Cfr. MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 67; SANCINETTI, *Teoría*, p. 19. (“La distinción actual entre ilícito y culpabilidad no es posible, ni necesaria, porque la norma no se dirige a los *incapaces de culpabilidad*”).

28 Lo cual explica que Sancinetti se refiere a Kaufmann y Jakobs como los discípulos de Welzel que representaban las posturas subjetiva y objetiva de la teoría del delito; cfr. SANCINETTI, *Fundamentación*, p.255.

29 Por eso Sancinetti le critica a esta teoría el seguir aferrada al concepto de resultado causalmente unido a la acción: “En las teorías restrictivas de la causalidad (‘normativas’), o de la imputación del resultado en general (como, por ejemplo, la actual teoría de la *imputación objetiva*) se oculta esta misma sensación: la idea de que la causalidad (la atribución de un resultado a una acción) ya implica una *culpa*” (cfr. SANCINETTI, *Teoría*, p. 128).

30 En este sentido, Kaufmann y Struensee se preguntan ¿Qué es lo objetivo de la imputación objetiva?; cfr. KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, ps. 251 y siguientes; STRUENSEE, *GA* 1987, p. 98.

como aquello que está dentro de la mente de ser humano y lo objetivo como lo que hay fuera de ella<sup>31</sup>; ese punto de vista es comprensible entre quienes construyeron teorías del delito sobre bases ontológicas (pertenecientes al mundo del ser), como los causalistas y los finalistas. Pero si la teoría del delito se fundamenta en conceptos normativos (tomados del mundo del deber ser), entonces se puede afirmar que objetivo es todo lo atinente a un portador de roles y subjetivo lo que atañe al individuo<sup>32</sup>. Desde luego que quien actúa en cumplimiento de un deber de actuación realiza una conducta externa (en el mundo del ser) orientada por su voluntad; pero lo que le da trascendencia a su comportamiento no es ni la acción como simple modificación del mundo exterior, ni la intencionalidad con la que fue llevada a cabo, sino el hecho de haberse realizado desconociendo un deber de conducta derivado de una posición de garante<sup>33</sup>.

#### 4. El resultado como infracción de la norma

Visto desde una óptica normativista (o valorativa), el delito no es un fenómeno natural, sino una creación del hombre en cuanto ser social. Si bien las conductas de las que se ocupa el derecho penal ocurren en la esfera de lo natural, su condición de delito corresponde a un juicio propio del mundo del deber ser. El derecho penal no se interesa en esos comportamientos por lo que ellos son como modificaciones del mundo exterior, sino por lo que representan en el ámbito social. Entre todas las causas que intervienen en la producción del resultado, sólo se ocupa de aquellas que correspondan a conductas desplegadas por una persona en contra de sus deberes de actuación que, a su vez, se derivan de los roles que cumpla al interior de la sociedad. Esa visión es objetiva, porque supone valorar la conducta de la persona en cuanto ser social (portador de roles) y no en cuanto individuo; desde el punto de vista de la imputación objetiva, la pregunta relevante es si se comportó como debía haberlo hecho cualquier otra persona en su mismo rol social.

---

31 Welzel decía, con razón que “Debido a la ambigüedad del concepto ‘objetivo’ ha surgido el equivoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor ‘objetivo’. En realidad, el empleo de la palabra ‘objetivo’, en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, es decir, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos”; WELZEL, Derecho, p. 51.

32 REYES, *Imputación objetiva*, p. 68.

33 Hirsch se pronuncia en contra de usar perspectivas distintas para distinguir lo objetivo de lo subjetivo, aduciendo que los conceptos de objetividad y subjetividad no están a disposición de la dogmática; cfr. Hirsch, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*, p. 407.

En las últimas décadas se ha ido generalizando el estudio del injusto a partir del concepto valorativo de creación del riesgo jurídicamente desaprobado en lugar del ontológico de causa, tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes<sup>34</sup>. Pero mientras en este lapso la doctrina le ha dedicado buena parte de sus esfuerzos a explorar las particularidades del riesgo desaprobado, se ha desentendido del concepto de resultado que sigue anclado en sus raíces ontológicas. Se asume, con razón, que no toda causa le interesa al derecho penal, sino solamente aquellas que tienen trascendencia jurídica (como riesgos jurídicamente desaprobados), pero en general se admite que le interesan los resultados como meras modificaciones del mundo exterior, sin necesidad de un filtro valorativo.

Independientemente de la postura que se tomara frente a ella, la discusión sobre la preeminencia del desvalor de acción sobre el de resultado marcó un importante avance en el desarrollo de la teoría del delito, porque puso de presente que las acciones y los resultados solo le importaban al derecho penal en cuanto objeto de un juicio de valor negativo. El error de los partidarios de concepciones subjetivas fue haber condicionado la valoración de la conducta a su intencionalidad<sup>35</sup> y la del resultado a su exteriorización; para algunos el resultado como modificación del mundo exterior no aportaba nada al concepto de injusto<sup>36</sup>, y para otros debía tomarse en cuenta como lesión al bien jurídico, pero aludiendo a su substrato<sup>37</sup>. La imputación objetiva corrigió el primer aspecto al despojar a la acción de su consideración puramente intencional y dotarla de valor mediante su derivación de los deberes de conducta; pero, en cuanto al resultado, siguió considerándolo como

---

34 Entre quienes tempranamente admitieron que la imputación objetiva era aplicable tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes, puede mencionarse a HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., p. 529, cuando menos en lo que se refiere al fin de protección de la norma; KARL LARENZ, *Hegels...*, ed. cit., p. 52 en cuanto lo reprochó a Hegel haber referido la imputación objetiva sólo al delito doloso, desconociendo que también existen ilícitos imprudentes; THEODOR LENCKNER, *Schönke/Schröder...*, ed. cit., Vorbem. 13 ff/92; MANFRED MAIWALD, *JuS* 1984, ed. cit., p. 440; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht...*, ed. cit. §18 III/36, p. 244; HARRO OTTO, *Grundkurs...*, ed. cit., ps. 204 y 205; CLAUS ROXIN, *Honig-Festschrift*, ed. cit., p. 144; CLAUS ROXIN, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit., p. 247; CLAUS ROXIN, “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, en *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1973, p. 241 y 242; HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *Lackner-Festschrift*, ed. cit., p. 866; EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 8/50, p. 222; GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht...*, ed. cit., Rd. 215, p. 84; KLAUS ULSENHEIMER, *Das Verhältnis...*, ed. cit., p. 27; JOHANNES WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., p. 54.

35 “El acto recibe su disvalor exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor”; ZIELINSKI, p.124.

36 Cfr. ZIELINSKI, p. 143.

37 Cfr. Welzel, p. 62.



un mero acontecimiento externo<sup>38</sup>.

Curiosamente es Zielinski quien se aproxima a la solución del problema al afirmar que el delito es infracción a una norma<sup>39</sup>; solo que, para él, se trata de una norma que no prohíbe la producción de resultados, sino el desarrollo de acciones orientadas a la consecución de un resultado<sup>40</sup>. Pero si las normas castigaran cualquier conducta tendiente a un resultado<sup>41</sup>, entonces el campo de acción del derecho penal se extendería más allá de los actos de ejecución, incluyendo los actos preparatorios y cualquier manifestación exterior de una voluntad delictiva. La única forma de ponerle un límite, es fijando con claridad qué es lo que el legislador no quiere que ocurra; cuando sanciona el homicidio deja en claro que no quiere que alguien muera, y cuando castiga la tentativa de homicidio advierte que no quiere que se intente matar a alguien<sup>42</sup>.

Es tan importante que las normas contengan el resultado que el legislador quiere prohibir, que el propio Zielinski afirma que el desvalor de acción solo está completo cuando el autor ha dirigido su acción a la consecución de un resultado desvalorado<sup>43</sup>. Esa fue, precisamente, la forma que encontró para mantener el bien jurídico como límite a la actividad del legislador penal<sup>44</sup>. Pero como desvalorado solo puede ser, en este contexto, lo que el legislador prohíbe con la norma, no cabe duda de que esta contiene un resultado que, al ser considerado por el legislador como

38 En su manual, Jakobs afirma que “El resultado complementa la acción de tentativa, convirtiéndola en acción de consumación, así como convirtiendo el injusto de tentativa en injusto de consumación”, con lo que claramente alude a un resultado como modificación del mundo exterior; JAKOBS, *Lehrbuch*, § 6/75.

39 “Quien transgrede la norma, quien realiza la acción final prohibida, o bien, omite la acción final mandada, realiza el objeto del juicio de valor (secundario), realiza aquello que la norma tiene por finalidad y misión evitar; realiza el *ilícito*, en el sentido del derecho penal”; ZIELINSKI, p. 127.

40 “Sin un disvalor de resultado al cual esté dirigida la acción, tampoco es posible un disvalor de acción. Ninguna acción es plena de valor o contraria al valor por sí misma; ella siempre recibe su valor o su disvalor recién de su referencia a una meta plena de valor o contraria al valor”; ZIELINSKI, p. 124.

41 “La acción, así entendida, es el objeto de la norma, el contenido de la prohibición jurídico-penal, porque ella, medida ante los valores del derecho (bienes jurídicos), *tiende* a una meta de acción valorada negativamente (lesión al objeto de bien jurídico”; ZIELINSKI, p. 127 (el resaltado es mío).

42 Aun cuando no lo hace como una prohibición abstracta y general, como en seguida se precisará.

43 Cfr. ZIELINSKI, p. 124.

44 “Ninguna acción es plena de valor o contraria al valor por sí misma; ella siempre recibe su valor o su disvalor recién de su referencia a una meta plena de valor o contraria al valor. De ello se sigue que no hay acciones de ilícito, cuyo disvalor no esté referido a un bien jurídico; toda prohibición jurídico-penal sirve a la protección de un bien jurídico”; ZIELINSKI, p. 124.

negativamente valorado, pretende evitar.

Es verdad que el legislador no prohíbe la generación de resultados<sup>45</sup>; pero también lo es que solo sanciona acciones orientadas a la producción de unos determinados resultados, lo que no deja duda en cuanto a la importancia de estos últimos<sup>46</sup>. Sin resultados que el legislador quiera evitar, no tienen sentido las normas de prohibición; no se prohíbe una conducta por el simple hecho de censurarla, sino para evitar que ella produzca determinados efectos indeseados (esto es, resultados desvalorados).

Eso que el legislador quiere proteger a través de la norma es, ciertamente, un bien jurídico<sup>47</sup>, pero no entendido como un objeto natural, sino como la cambiante forma en que las sociedades conciben la relación de sus integrantes con valores positivos que permiten administrar las libertades individuales<sup>48</sup>. Como en ese contexto social, único en el que tienen sentido, los bienes jurídicos son susceptibles de afectaciones tolerables (lo que Welzel llamó conductas socialmente adecuadas<sup>49</sup> y hoy se puede enmarcar dentro del riesgo permitido<sup>50</sup>), es comprensible que el legislador no pueda expedir normas que prohíban de manera general la afectación de un bien jurídico; por eso es que no tendrían sentido las normas que castigaran de manera general apoderarse de una cosa mueble ajena (eso es lo que ocurre con cada compraventa), o privar de la libertad a alguien (es lo que hacen los jueces cuando condenan a un delincuente a pena de prisión) o, incluso, matar a alguien (es el trabajo de los verdugos en los países donde existe la pena de muerte).

Dado que dentro del contacto social ordinario los bienes jurídicos son continuamente afectados, lo que el legislador prohíbe son algunas formas de ataque a esos bienes jurídicos por considerarlas dignas de una valoración negativa. Ese

---

45 Cfr. MIR, *Derecho*, 3ª edición, p. 142. Su postura en este tema cambió en las ediciones posteriores de su manual, en las que incorporó el desvalor de resultado como característica de la “antijuridicidad penal material” (cfr. MIR, *Derecho penal – parte general*, 10ª edición, ed. cit., §6/28, p. 168).

46 “La frase de que solo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente causales e incalculables de aquéllas, pues no tiene sentido querer prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables” ROXIN, *Strafrecht*, §10/96, p. 201.

47 Cfr. JAKOBS, *Lehrbuch*, §2/7.

48 Cfr. REYES, “¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social”, en *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, ed. Reus, Madrid, 2020, p. 370 a 372.

49 Cfr. WELZEL, *Studien*, p. 142.

50 Sobre la adecuación social como un antecedente de la figura del riesgo permitido, cfr. REYES, *Imputación*, p. 98.

ataque al bien jurídico puede consistir en su afectación, como cuando se le causan heridas a alguien; el tipo de lesiones, literalmente, amenaza con una pena a quien lesione a otro, lo cual no deja duda de la importancia del resultado en la prohibición; si no hay un lesionado, no hay forma de que haya un delito de lesiones. Pero como una prohibición general no tendría sentido, es necesario recurrir a una consideración social del bien jurídico "integridad personal", para sacar del ámbito de protección de esa norma todas aquellas afectaciones al bien jurídico que sean tolerables en el ámbito social como, por ejemplo, las lesiones que causan los cirujanos cuando realizan intervenciones quirúrgicas, o las que se provocan mutuamente los púgiles en desarrollo de un combate reglamentario de boxeo. Esto significa que no todos los resultados ontológicos (entendidos como modificaciones del mundo exterior) le interesan al derecho penal, sino solo aquellos que provengan de conductas con las cuales se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico objeto de protección.

En las tentativas, como por ejemplo la de homicidio, el legislador sanciona a quien despliegue una conducta que pueda ser entendida como el intento de matar a una persona; nótese que en esta breve descripción de lo que es la tentativa punible se hace referencia a dos elementos: un comportamiento y su interpretación como "intento de matar a una persona"; mientras el primero de ellos corresponde a la acción, el segundo alude al resultado, solo que no entendido desde una perspectiva ontológica como modificación del mundo exterior, sino desde una óptica valorativa como desconocimiento de la norma que prohíbe intentar dar muerte a otro. El resultado que le interesa al derecho penal es, entonces, la infracción de la norma, y en la tentativa de homicidio surge cuando la conducta puede ser interpretada como una forma indebida (es decir, creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado) de intentar dar muerte a alguien.

Desde el punto de vista del resultado (como infracción de la norma) no hay entonces una diferencia entre las conductas que causan un daño al bien jurídico y las que lo ponen en peligro; esta distinción tiene importancia al momento de fijar la sanción, en el entendido de que merece un mayor juicio de reproche quien efectivamente lesiona un bien jurídico, que quien tan solo lo pone en peligro<sup>51</sup>; pero

---

51 Molina destaca que la distinción entre lesionar y poner en peligro un bien jurídico tiene importancia en el ámbito de la antijuridicidad: "Lo primero que puede ponerse en tela de juicio es que puedan situarse en el mismo nivel valorativo la lesión del bien jurídico y el peligro para el mismo. Entre una acción que mata y otra que pone en peligro la vida hay una diferencia sustancial: en la primera el bien jurídico se lesiona y el desvalor de la acción desde la perspectiva de su lesividad resulta incontestable; en la segunda lo máximo que se puede hacer es un juicio acerca de lo que hubiera

en ambos casos el injusto de la conducta se perfecciona con la infracción a la norma, en la medida en que la conducta pueda ser interpretada como una forma indebida de ataque a bien jurídico, con independencia de si se lo dañó o tan solo se lo puso en peligro.

El resultado está presente, entonces, tanto en los delitos consumados como en las tentativas y consiste en la infracción de la norma<sup>52</sup>. La diferencia entre esas dos modalidades delictivas radica en que mientras la norma que sanciona el homicidio requiere la sobrevenida de un resultado ontológico (sin un muerto no hay homicidio), la que castiga la tentativa de homicidio no exige que la conducta produzca ningún resultado ontológico. Cuando el legislador decide que deben ser sancionados algunos comportamientos que, pese a no lesionarlo, generan un inaceptable peligro para el bien jurídico (como ocurre en las tentativas y en los delitos de peligro), crea la norma que castiga a quien atente de manera indebida contra ese bien jurídico, pero no condiciona la imposición de la pena a la aparición de ningún resultado ontológico<sup>53</sup>; basta con que la conducta pueda ser interpretada como una infracción a la norma.

Si se admite, como señaló Welzel, que la perspectiva ontológica no es la única desde la que puede hacerse una diferenciación entre lo objetivo y lo subjetivo<sup>54</sup>; si se rescata su propuesta de entender los bienes jurídicos en su contexto de relación social<sup>55</sup>; y si se acoge la formulación de Zielinski en el sentido de considerar que injusto es la infracción de la norma<sup>56</sup>, entonces tiene razón Sancinetti cuando afirma que no son dramáticas las diferencias entre tendencias subjetivistas (ontológicas) como las sostenidas por Zielinski (así como por el propio Sancinetti, quien es su máximo representante en América Latina) y las propuestas objetivistas (normativas

---

podido ocurrir, pero no acerca de lo que verdaderamente ocurrió”; MOLINA, p.77.

52 Cfr. JAKOBS, *Kaufmann GS*, p. 277.

53 “El resultado puede entonces ser entendido de tres maneras diversas: En su manifestación ontológica equivale a cualquier modificación del mundo exterior y por lo tanto es una consecuencia de todas las acciones u omisiones, sin que ello necesariamente interese al derecho penal. Bajo una perspectiva valorativa equivale al quebrantamiento de la vigencia de una norma, está presente en todas las conductas típicas y es requisito indispensable para cerrar el juicio de imputación objetiva. Desde el punto de vista de la tipicidad, se concreta en un determinado efecto naturalístico que por disposición del legislador forma parte de algunas descripciones típicas (los llamados delitos de resultado consumados) de tal manera que sin su existencia no se quebranta la norma”. REYES, *El delito de tentativa*, p. 79 y 80.

54 Cfr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 51.

55 Cfr. WELZEL, p. 140.

56 Cfr. ZIELINSKI, p. 127.

o valorativas) como las defendidas por Jakobs<sup>57</sup>.

Cuando Zielinski afirma que el desvalor de acción solo está completo cuando la persona ha dirigido su conducta a la consecución de un resultado desvalorado<sup>58</sup>, está haciendo referencia a dos elementos: una acción, y un resultado (desvalorado) al que aquella está orientada; pero como no toda conducta dirigida hacia un resultado es sancionable (no lo son, por ejemplo, los actos preparatorios), entonces tiene que haber un límite a partir del cual la conducta sea sancionable; y ese límite siempre está en la norma, de tal manera que esa acción dirigida al resultado desvalorado de la que habla Zielinski, solo tiene relevancia penal a partir del momento en el que se pueda considerar que infringió la norma. La interpretación de la conducta como infracción de la norma es, precisamente, el resultado en su connotación valorativa.

## 5. Conclusión

No hay, en puridad de términos, un mito del resultado; lo que ha habido es un debate en dos planos diversos, que ha dificultado llegar a coincidencias. En el ámbito de lo ontológico, es verdad que toda conducta genera un resultado, como afirmaban quienes sostenían que las injurias desplazaban ondas sonoras por el espacio hasta chocar con el tímpano del receptor; pero también es cierto que no todos los resultados ontológicos le interesan al derecho penal. Lo realmente importante para poder hablar de injusto es que, mediante una conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, se infrinja una norma penal; y es el legislador quien, al redactar la norma, decide si para su quebrantamiento hace falta un resultado ontológico (como en el homicidio) o basta con que la conducta pueda ser interpretada como una indebida forma de ataque al bien jurídico (como ocurre en las tentativas o en los delitos de peligro).

---

57 Cfr. SANCINETTI, *Fundamentación*, p. 255.

58 Cfr. ZIELINSKI, p. 124.

## Bibliografía

- Birnbaum, “Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv für Criminalrechts* – Neue Folge, Halle, 1834.
- Feuerbach Paul Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer’s Verlag, Giessen, 1847 (herausgegeben von Mittermaier).
- Hirsch Hans Joachim, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln*.
- Jakobs Günther, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, S. 271 y ss.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, De Gruyter, 1991.
- Jescheck Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 4. Auflage, 1988.
- Kaufmann Armin, “Objektive Zurechnung” beim Vorsatz-delikt?”, en: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, 1. Halbband.
- Larenz Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927.
- Lenckner Theodor, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, 24. Auflage, Vor § 13.
- Maiwald Manfred, “Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte - BGHSt 31, 96”, en: *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1984, S. 439 y ss.
- Maurach Reinhart/Gössel Karl-Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband II, 7. Ed., 1989.
- Mir, Santiago, *Derecho Penal – parte general*, PPU, 1990, 3ª edición.
- Mir, Santiago, *Derecho penal – parte general*, ed. Reppertor, Barcelona, 2016, 10ª edición.
- Molina, Fernando, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 3. Ed., 1988.
- Reyes, Yesid, *Imputación objetiva*, ed. Temis, 2ª edición, 1996.
- Reyes, Yesid, *El delito de tentativa*, BdeF, Montevideo, 2016.
- Reyes, Yesid, “¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social”, en: *Libro*

- Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, ed. Reus, Madrid, 2020, ps. 367 y ss.
- Roxin, Claus, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970, S. 133 y ss.
- Roxin, Claus, "Finalität und objektive Zurechnung", en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, S. 237 y ss.
- Roxin, Claus, "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en: *Festschrift für Wilhelm Gallas*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, S. 241 y ss.
- Roxin, Claus, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, München, 1992, Band I.
- Rudolphi, Hans-Joachim, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid", en: *Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, S. 863 ff.
- Sancinetti, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, ed. Temis, Bogotá, 1995.
- Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 2ª reimpression.
- Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1975.
- Stratenwerth, Günter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 3. Auflage, 1981.
- Struensee, Eberhard, "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, Heidelberg, 1987.
- Ulsehnheimer, Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965.
- Welzel, Hans, *Studien zum System des Strafrechts, en Abhandlungen zum Strafrechts und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1975.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlin 1969, 11. Auflage.
- Wessels, Johannes, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 19. Ed. 1989.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho penal – parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

Zielinski, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.