

RELACIONES ENTRE DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO EN LA FUNDAMENTACION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL¹

FELIPE DE LA FUENTE HULAUD
Universidad Católica de Valparaíso

1

A más de alguien podría causar extrañeza el título escogido para el presente artículo. Pues, el problema de las relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado es un tema generalmente examinado en materia de antijuridicidad, y pertenece por lo tanto al estudio de la teoría del delito. En el epígrafe, en cambio, se pretende aludir a una suerte de vinculación directa entre dicha discusión y los fundamentos de la responsabilidad penal.

De que tal vinculación existe no cabe ninguna duda, pues toda la teoría del delito no es otra que una articulación sistemática de los elementos que fundamentan la asignación de responsabilidad penal. Sin embargo, esta afirmación, que probablemente todo el mundo comparta, resulta en cierto modo insuficiente. En verdad, expuestas así las cosas, parecería que la fundamentación y la fijación del alcance de los diversos principios y criterios que dan origen a la responsabilidad penal fuera una materia propia de la teoría del delito, de la cual habrían de surgir conclusiones de carácter general aplicables de modo consecuencial a todo el sistema de la responsabilidad penal.

A nuestro juicio, en cambio, la situación debería plantearse del modo inverso: son los principios rectores de la responsabilidad penal los que dan origen y sentido a la teoría del delito, y es ésta la que tan sólo recoge y organiza los criterios que emanan de tales principios, determinando cuáles son los efectos concretos que derivan de la falta de cualquiera de los elementos que, a la luz de tales principios, necesariamente han de concurrir para poder asignar responsabilidad penal a un individuo.

Sin perjuicio de ello, es al interior de la teoría del delito donde ha tenido y tienen lugar las más nutridas e importantes discusiones relativas a los principios de imputación en materia penal. Es por esto que, a pesar de lo señalado, el tema escogido aquí es uno vinculado con dicha teoría, cual es el de las relaciones entre desvalor

¹ El presente trabajo deriva del proyecto de investigación *Formulación de una Teoría General de la Responsabilidad Penal*, ejecutado durante los años 1993 y 1994, con el patrocinio de FONDECYT.

de acción y desvalor de resultado en la conformación del contenido de la antijuridicidad de un acto.

No es nuestro propósito examinar la teoría del delito, como tampoco los cambios que ha experimentado en materia de causales de justificación. Nuestro interés es mucho más modesto: simplemente echar una breve mirada al concepto de ilicitud penal, y dentro de él, al papel que a su respecto juega el desvalor del resultado.

La finalidad de esta breve revisión, sin embargo, trasciende el estudio del delito, pues ella podría permitirnos extraer algunas conclusiones aplicables en otros ámbitos, como por ejemplo, en el de las condiciones objetivas de punibilidad, o en el de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, y ello sin necesidad de establecer alguna conexión específica, por ejemplo, entre tales circunstancias y algún elemento del delito, sino por aplicación directa de un principio de validez general en esta rama del derecho.

II

Sin entrar en los detalles propios de las distintas concepciones jurídicas del delito, es evidente que el papel que desempeña el resultado lesivo en cada una de ellas es muy diverso.

Quizás el planteamiento más simple sea el de la *teoría causalista*. Conforme a ésta, lo que puede ser calificado de antijurídico en un delito es la realización del resultado lesivo contemplado en cada tipo penal, o bien, la creación de un riesgo para el bien jurídico (en los delitos de peligro, o en las etapas de ejecución anteriores a la consumación). Es decir, la efectiva producción del resultado o la puesta en peligro del bien jurídico, en su caso, serían los únicos elementos determinantes de la antijuridicidad de la conducta delictiva.

Por lo mismo, todo lo relativo a la voluntad del agente en la realización del acto productor del resultado previsto en la norma queda, en este esquema, fuera del examen de la antijuridicidad, puesto que se entiende que corresponde al análisis de la culpabilidad. Es esta fase del estudio del delito, entonces, la que se destina para establecer cuál ha sido la actitud interna del individuo y a valorarla jurídicamente.

Como consecuencia de dicha concepción de lo ilícito, las causales de justificación se configuran en términos absolutamente objetivos, puesto que se atiende a si la situación real producida ha sido o no una situación querida o autorizada por el derecho. Si la respuesta es afirmativa, el acto es lícito, y ello con total independencia de cuál haya sido la actitud interna de su autor, quien se beneficia entonces de la causal justificante, aun en el evento de ignorar que se encontraba amparado por ella y cualquiera sea la intención o las motivaciones con que hubiere actuado.

Asimismo, esta visión de lo injusto implica que es la objetividad del daño lo determinante de la gravedad de aquél. Y por eso, la diversidad de penas contempladas para la comisión dolosa o culposa de una misma conducta derivaría, no de un mayor o menor contenido de antijuridicidad del acto en sí mismo (cosa imposible en este sistema, dado que dolo y culpa son ajenos al juicio de ilicitud), sino de la diferente intensidad con que en uno u otro caso podría reprocharse al individuo su comisión.

En el seno de la *teoría finalista*, en cambio, el desvalor del resultado deja de ser el eje del juicio de antijuridicidad. Pues dado que, sobre la base del concepto final de acción, el dolo y la culpa pasan a integrar la tipicidad, la antijuridicidad de la conducta comienza ahora a depender no sólo de la verificación de un resultado, sino también de dichas modalidades subjetivas de realización de la conducta. Es decir, si la conducta ejecutada es lícita o ilícita ya no depende sólo del desvalor de resultado, sino también de si acaso es desvalorable la realización misma de dicha conducta, por haberla ejecutado el sujeto con dolo o a lo menos con culpa.

Esta *subjetivización* de lo injusto trae aparejadas dos consecuencias esenciales. La primera es que los hechos objetivamente lesivos causados sin dolo ni culpa no pueden ser considerados antijurídicos. Esto marca una diferencia importante en relación con la teoría causalista y permite superar una objeción a menudo dirigida en contra de esta última, a saber, que resulta ilógico sostener que quien causa un daño sin dolo ni culpa de su parte, sino observando el cuidado exigido por el derecho, realice un acto antijurídico. En verdad, quien actúa observando la diligencia que el derecho le impone realiza un acto lícito, por mucho que de éste pueda derivar un resultado típico².

La segunda consecuencia atañe a las causales justificantes, cuya configuración requerirá ahora de un elemento subjetivo en el autor, consistente en la persuasión de estar actuando en conformidad al derecho, y no en contra de él. Así, por ejemplo, si quien ha obrado en condiciones que lo habilitaban para actuar en defensa propia, pero, ignorando dicha circunstancia, ha agredido a su atacante sin conocer las intenciones de éste, no puede decirse que haya obrado en legítima defensa.

Pese a estas consecuencias -y a otras más que no interesa abordar ahora-, los autores finalistas defienden la importancia del desvalor de resultado, no ya como único factor de ilicitud, sino como un elemento esencial de la misma. La antijuridicidad se concibe como un juicio de desaprobación del resultado, en atención al modo de producción (doloso o culposo) del mismo, con lo cual se quiere expresar que ambos elementos (objetivo y subjetivo) co-fundamentan el juicio de antijuridicidad.

Con todo, es indudable que el finalismo le entrega una cierta preeminencia al desvalor de acción por sobre el de resultado, pues la lógica consecuencia de otorgar idéntico rango a los componentes objetivos y subjetivos en la conformación de la antijuridicidad, debería haber sido la automática exclusión de ésta ante la falta de cualquiera de ellos. Sin embargo, la inclusión de elementos subjetivos en las causas de justificación conduce a calificar de antijurídica una conducta cuyo resultado no es en sí mismo desvalioso, sino sólo en atención a la voluntad del sujeto. De ahí que, aun sin un sustrato objetivo desvalorable en forma autónoma, sea posible, de acuerdo con esta teoría, imponer una pena al autor de la conducta calificada de ilícita por la intención con que se cometió. De modo similar, también el castigo de la tentativa absolutamente inidónea, aceptado por algunos, representa otro caso más de

² Cualquier otra solución conduce a sostener que un mero suceso también puede ser antijurídico, y con ello que lo antijurídico en el homicidio, por ejemplo, ya no sería matar o causar la muerte de alguien, sino el hecho de la muerte, es decir, la muerte misma y en forma independiente de cómo alguien la haya ocasionado.

prevalencia de lo subjetivo frente a lo objetivo en la fundamentación de la antijuridicidad.

Vista en esta perspectiva, la teoría finalista, fundada en la tesis del injusto personal, bien pudo haber culminado en una radicalización de sus planteamientos, en punto a una concepción netamente subjetiva de lo injusto. Sin embargo, no fue exactamente por la adopción de los postulados básicos del finalismo que se llegó a tal consecuencia.

IV

Basada en una *concepción imperativista de la norma penal* -a cuyo alero ésta es concebida primariamente como una proposición de *deber ser* dirigida a los individuos a fin de motivarlos a no delinquir, y no como un mero juicio objetivo de desvaloración de conductas y resultados-, un sector importante de la doctrina comparada sostiene que la ilicitud de una conducta debe afirmarse en forma totalmente independiente de los resultados que ella produzca³. Resumiremos a continuación el razonamiento que entregan estos autores, pero separando dos aspectos igualmente importantes de él.

En primer lugar, las normas penales procuran proteger bienes jurídicos conmiando bajo pena la realización de determinadas conductas, como una manera de evitar que los individuos lleguen a ejecutarlas. Luego, el objeto de la norma no es la lesión como tal, sino el acto voluntario que puede producirla. Es este acto lo único que puede considerarse contrario al deber que la norma impone, pues las normas rigen acciones de individuos y no meros sucesos.

Pero además -y éste es el segundo aspecto-, se sostiene que el desvalor de dicha acción debe apreciarse *ex ante*, pues la norma penal sólo puede desplegar su función motivadora, y, *por lo tanto, la acción sólo puede entenderse prohibida*⁴, cuando las circunstancias de hecho permitan prever objetivamente la producción del resultado⁵.

³ *Vid*, por todos, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, 1985, pp. 106-117.

⁴ Por cuanto la previsibilidad del daño o de la puesta en peligro del bien jurídico determina la posibilidad de prohibir la conducta, algunos autores consideran que la teoría de la imputación objetiva mezcla inadecuadamente criterios vinculados a este tema, con otros que sí atañen a la imputación del resultado lesivo. Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Edit. Bosch S.A., Barcelona, 1992, pp. 387-388.

⁵ Considerando estos planteamientos, es preciso matizar la afirmación apuntada más arriba -y constante en la doctrina- de que la antijuridicidad así planteada sería de índole enteramente subjetiva. Pues, para MIR PUIG (*op. cit.*, p. 108), "si bien la antijuridicidad no se define en función de la peligrosidad *real* que pueda comprobarse *ex post* que encierra una acción, sigue poseyendo un contenido objetivo si se refiere a la apariencia social-objetiva de peligrosidad que *ex ante* presente un determinado comportamiento". En el mismo sentido, SILVA SANCHEZ (*op. cit.*, p. 386): "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 protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídicos".

En consecuencia, la peligrosidad real o *ex post* del acto no influye en su anti-juridicidad, puesto que la lesión del mandato normativo deriva de haberse llevado a cabo una acción que aparecía como peligrosa en el momento en que comenzaba a ejecutarse, pues ése es el momento en que la norma puede ejercer su influjo sobre el individuo y el instante en que éste tendría que haberse abstenido de ejecutar la conducta prohibida. La antijuridicidad de la acción, entonces, no se ve afectada por la efectiva concreción del riesgo implícito en ella. Es más, si el resultado efectivamente llega a verificarse, no añadirá nada a la antijuridicidad de la conducta. Por eso, en este contexto, el resultado ocupa sólo el lugar de una condición objetiva de punibilidad, ubicada a nivel de tipicidad, pero fuera del tipo de injusto propiamente tal, por no ser objeto de la desvaloración.

La primera parte de la argumentación podría en verdad ser suscrita por cualquier finalista, pues sin duda que la teoría del injusto personal corresponde a una concepción imperativista de la norma punitiva. La diferencia con la tesis finalista, entonces, se produce con la segunda afirmación, relativa a la irrelevancia de la producción *ex post* del resultado para los efectos de formular el juicio de antijuridicidad y la consideración de éste como condición objetiva de punibilidad.

Pero cabe entonces preguntarse, ¿por qué no llega el finalismo a esta segunda consecuencia, que parece extraída en forma tan natural y convincente de la naturaleza imperativa de las normas penales?

Al parecer, la razón de ello se encuentra en la teoría de la acción final. Según Hirsch, una correcta interpretación del concepto final de acción lleva a entender que el resultado es en cierto modo un componente de la acción misma. Es decir, como la acción ejecutada es un intento por sobredeterminar la causalidad con miras al resultado querido, la acción misma queda incompleta cuando no logra producirlo. "De ahí que también la acción se ha caracterizado como un 'rendimiento' (...), en el sentido que el hombre realiza aquello por él querido dirigiendo el acontecer causal según su voluntad"⁶. Y citando una frase de Welzel, señala: "En la medida en que no se logra la sobredeterminación en el mundo real -por ejemplo, cuando por alguna causa no se produce el resultado- la acción final correspondiente sólo es intentada"⁷.

Ahora bien, dado que nuestra atención se centra en los fundamentos de la responsabilidad, y no tanto en la función dogmática que se asigna a los diversos elementos fundantes de ella al interior de la teoría del delito, podría bastarnos con constatar que aun para las tesis más radicales, el resultado efectivamente acontecido juega un papel condicionante de la pena (aunque sólo sea como condición objetiva de punibilidad). Sin embargo, esa sola constatación no nos dice mucho acerca de cuál es la base valorativa que justifica contemplar un resultado real como presupuesto de la sanción punitiva.

Sobre este punto, la última tesis comentada señala que el resultado desempeñaría un importante rol político-criminal, básicamente en dos aspectos. Por un parte, serviría como prueba de la peligrosidad de la acción. Pero, sobre todo, tendría una incidencia decisiva en la determinación de la *necesidad de pena*, pues su ausencia haría "menos necesaria la prevención general positiva, tendente a estabilizar la con-

6 HIRSCH, Hans Joachim, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá, 1993, p. 43.

7 *Ibidem*.

ciencia jurídica general mediante la estigmatización penal del hecho..."⁸ En consecuencia, sería dicho criterio normativo -el de necesidad de pena- el que operaría como fundamento valórico de la exigencia de un resultado concreto para la asignación de responsabilidad penal.

Aun cuando no es del caso entrar de lleno en la polémica suscitada por esta cuestión, estimamos que están en lo cierto aquellos autores que insisten en que el juicio de ilicitud comporta una doble desvaloración: de la acción y del resultado. La idea de asignar al resultado típico el papel de una condición objetiva del castigo no nos parece suscribible -por lo menos en los delitos dolosos-, principalmente por las siguientes razones.

En primer lugar, como bien indican Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, no es efectivo que la doctrina monista-subjetiva de lo injusto sea la única compatible con una concepción imperativista de la norma penal. Pues, "a lo único que obliga la concepción imperativa es a no conformarse con la presencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico para fundamentar positivamente la antijuridicidad", pero de allí no se sigue que el desvalor de acción deba ser el único criterio de antijuridicidad, ni mucho menos que deba negarse toda incidencia del desvalor de resultado en la fundamentación de lo injusto⁹.

Además, una posición "dualista" en esta materia garantiza mucho mejor los derechos de las personas y representa una concreción más sólida del principio de mínima intervención¹⁰. Desde el punto de vista las diversas concepciones del Estado, dicen otros, es también la que mejor se conforma con una visión liberal del mismo¹¹.

Pero aparte de ello, nos parece que la tesis descrita no se acomoda al derecho vigente. De partida, suele señalarse a este respecto que la rebaja de pena que tiene lugar en las etapas imperfectas de ejecución del delito no logra encontrar fundamento en ella, pues no puede negarse que el desvalor de acción es idéntico tanto en la tentativa como en el delito frustrado y en el consumado; por eso, el menor castigo a que dan lugar las dos primeras etapas en relación con la última, debe ser visto como una demostración de la importancia del desvalor de resultado en la graduación de la ilicitud de una conducta.

Para quienes sustentan que la ilicitud de un acto no deriva de sus consecuencias concretas, sino exclusivamente del desvalor de la actitud que denota su ejecución, en cuanto *ex ante* esta última puede ser vista como infractora del deber que emana de la

⁸ MIR PUIG, Santiago. *op. cit.*, p. 109.

⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio - HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1986, p. 172.

¹⁰ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal*, pp. 299 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO- HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, pp. 171-173; BUSTOS RAMIREZ, *Derecho Penal*, pp. 310-311; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, pp. 86-88; MAURACH-ZIPF, *Derecho penal*, pp. 271-275; JESCHECK, *Tratado*, pp. 321-323. Por una noción predominantemente objetiva de la antijuridicidad, RODRIGUEZ DE VESA, *Derecho Penal*, pp. 405 y ss.; y por una decididamente objetivista, conforme con su planteamiento causalista, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, *Derecho Penal*, pp. 257 y ss.

¹¹ Sobre el tema es muy interesante el extenso análisis del perjuicio como condición de responsabilidad penal realizado por NINO, Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, B. As., Astrea, 1980, pp. 269 y ss.

norma, dicha rebaja penal motivada por la ausencia del resultado exigido en el tipo ha de encontrar su explicación fuera del ámbito de la ilicitud.

Explicar esta rebaja del castigo como una consecuencia de la disminución de la necesidad de pena parece un tanto débil y además poco compatible con la consideración del resultado como una condición objetiva de punibilidad. Es característico de estas condiciones el hecho que su ausencia ocasiona la total impunidad de la conducta, descartándose la punición a título de tentativa o de delito frustrado.

También se indica que la invariable impunidad de la imprudencia sin resultado sería otra demostración de la naturaleza dual de la antijuridicidad.

Asimismo, se ha señalado que una tesis subjetivada de lo injusto debe terminar identificando las eximentes putativas con las reales, pues si lo definitorio del carácter antijurídico de una acción es la antinormatividad de la determinación de voluntad en que tiene su origen, es claro que quien obra persuadido de hallarse amparado por una causal de justificación lleva a cabo una acción lícita. Pero, en último término, ello no es más que una consecuencia de que la conciencia de la ilicitud (y entonces la imputabilidad) formaría parte del concepto de antijuridicidad, de modo que todo error invencible al respecto tendría efecto justificatorio¹².

Pero en lo que atañe a los fundamentos de la imputación, los argumentos de Mir Puig para justificar la necesidad de condicionar la pena a un resultado, nos parecen especialmente frágiles. El primero, que concierne a que la efectiva producción del resultado es una buena prueba del peligro creado por la acción, presenta dos problemas. En primer término, si la verificación del resultado tuviera una importancia probatoria de la peligrosidad del acto, su producción debiera ser irrelevante en todos aquellos casos en que pudiera afirmarse fácil e independientemente dicha peligrosidad, lo cual no concuerda con el papel fijo y determinante que le asigna el legislador a nivel de tipicidad.

Pero además, y esto es lo más grave, resulta contradictorio pretender que la verificación del resultado sirva de prueba de la peligrosidad de la acción, puesto que si ésta ha de ser apreciada *ex ante*, la ocurrencia posterior del mismo no tiene por qué modificar el juicio anticipatorio del peligro para el bien jurídico implicado por la acción, pues ese juicio sólo puede formularse apreciando las características del acto y las circunstancias cognoscibles que lo rodearon al momento de ejecutarse. En otras palabras, del acaecimiento efectivo del daño no cabe deducir nada acerca de la previsibilidad del mismo, de donde se sigue que pretender asignar al resultado dicha utilidad equivale derechamente a abandonar una noción puramente *ex ante* de la peligrosidad.

Tampoco es concordante la tesis subjetivada de lo injusto con el tratamiento que -curiosamente, en forma unánime- se da a ciertos problemas de la autoría y la participación. Así, por ejemplo, nadie duda que ha de ser la conducta del instigador la que determine al instigado a cometer el delito, de suerte que si éste se encuentra de antemano decidido a su comisión, el primero no puede ser castigado, por mucho que su actuación haya revelado *ex ante* los mismos caracteres de peligrosidad que una inducción efectivamente determinante de la voluntad del inducido.

Por todas estas razones, pensamos, junto con la mayor parte de la doctrina, que el desvalor de resultado no es separable del juicio de antijuridicidad. El resultado, en consecuencia, no puede ser visto como un mero límite de la responsabilidad penal,

¹² Cfr., críticamente, MAURACH-ZIFF, *op. cit.*, I, pp. 272-273.

sino que ha de figurar entre sus fundamentos. Y ello resulta determinante, no sólo en el momento de adoptar una postura en materia de teoría del delito, sino también, como tendremos oportunidad de señalar en otro lugar, en el estudio de las condiciones objetivas de punibilidad y en el de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.