

LAS PAUTAS POLÍTICO-CRIMINALES PARA LA ELABORACIÓN CONCEPTUAL DEL TIPO DE INJUSTO*

por Carlos Julio Lascano (h)¹

I. INTRODUCCIÓN

En una conferencia pronunciada en la Academia de Ciencias de Berlín el 13 de mayo de 1970, publicada bajo el título "*Política criminal y sistema del derecho penal*", CLAUS ROXIN postuló un Derecho Penal abierto y orientado a las consecuencias mediante su vinculación a las valoraciones de carácter político-criminal, que hicieran posible su permanente remodelación.

Ello se traducía en la exigencia de elaborar las distintas categorías de la estructura del delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena -tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial- que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal; de tal modo, la culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad, pero la culpabilidad del autor tampoco puede legitimar por sí sola la imposición de una pena sin necesidades preventivas que la justifiquen.

Para este nuevo modelo programático formulado por ROXIN –que propugna conciliar la política criminal con el sistema teórico conceptual- no se presenta una disyuntiva entre dogmática jurídico-penal y decisiones político-criminales correctas, sino que introduce estas valoraciones en cada una de las categorías de la teoría del delito, para acercar el Derecho Penal a la realidad y al caso concreto, sin renunciar a la seguridad jurídica como meta última de la elaboración del sistema. La particular forma de organización socio-política de la comunidad en que haya de ser aplicado el Derecho Penal, con las pautas emergentes de la Constitución como ley fundamental del Estado, determinará qué criterios político-criminales serán preferibles.

* Conferencia leída el día 29 de octubre de 2008 en la Universidad de la República, Montevideo, República Oriental del Uruguay.

¹ Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

En base a tales planteamientos –que con acierto RICARDO ÁLVAREZ ha caracterizado como “la adquisición quizá más preciosa de la ciencia jurídico-penal”- intentaremos reflexionar sobre algunos interrogantes, que a continuación enunciaremos:

- a) ¿Cuáles son los criterios político-criminales que pueden extraerse de la Constitución argentina?
- b) ¿Cómo y de qué manera pueden utilizarse tales premisas valorativas consagradas por nuestro Estado constitucional de Derecho como un aporte decisivo en la construcción de un sistema de imputación más racional y previsible, que permita un eficaz pero acotado ejercicio del poder punitivo estatal sobre los comportamientos antisociales más graves e intolerables, sin menoscabo de los derechos fundamentales de las personas?
- c) En particular, ¿qué relevancia pueden tener aquellos principios constitucionales de política-criminal en la elaboración dogmática de la categoría del “tipo de injusto”, en orden a su consideración como un componente unitario (el “*tipo total*” del Roxin de 1970) merced a la admisión de la teoría de los elementos negativos del tipo, o a su escisión como dos niveles analíticos independientes pero complementarios, el tipo y la antijuridicidad, como postula en la actualidad el propio Roxin en su “Derecho Penal – Parte General”, al igual que su vinculación con la teoría de la imputación objetiva?
- d) Si los postulados político-criminales de nuestra ley fundamental hacen admisible -junto a la antijuridicidad general- una ilicitud específicamente penal. En la hipótesis de una respuesta afirmativa, ¿sería esta última clase de antijuridicidad compatible con una estructura bimembre del delito, construida en base a la teoría de los elementos negativos del tipo?

Dos propósitos han de guiarnos: la aplicación segura y confiable del Derecho Penal y la reducción de la intervención punitiva y de su intensidad a los márgenes estrictamente indispensables.

Aunque somos conscientes de nuestras limitaciones en comparación con la destacada labor de los dogmáticos que –con mayor capacidad y esmero investigativos- se han ocupado de “desenmarañar” aquella ardua temática, nos proponemos buscar aproximaciones a las soluciones más plausibles, sin pretensiones de originalidad y con respeto a las opiniones divergentes.

En ese orden de ideas, tendremos presentes las atinadas palabras de nuestro maestro JORGE DE LA RÚA, quien al aludir al contexto de los originarios derechos liberales del Estado constitucional, que en la actualidad han sido consagrados globalizadamente, expresa: "...lo significativo que hoy está ocurriendo, es que como derivación de la enérgica incorporación de los derechos humanos y de los tratados internacionales en la Constitución de 1994, ...que otorgó a éstos jerarquía constitucional, se ha generado una fuerte corriente de interpretación que se aproxima a una suerte de libre examen de todo el sistema normativo local". Mas adelante nos previene: "Pero si, en un debate poco consolidado, se procura invalidar por la libre interpretación de los pactos internacionales un sistema jurídico normativo, ello va a afectar a la larga un sistema de seguridad jurídica, sobre todo en un sistema continental europeo como el nuestro. ... De todos modos, bueno es el progreso de los derechos humanos, que no debe concluir en una relativización del valor normativo de un sistema penal".

II. LA INCIDENCIA DEL PLAN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA EN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL

La vinculación de la Política criminal con los valores constitucionales a través de los principios penales ha sido puesta de relieve en nuestro país por GUILLERMO J. YACOBUCCI, al señalar la existencia de una "impronta dual: positiva y negativa. Positiva, en tanto mandato general de preservación de la paz, la tranquilidad y la seguridad pública; y particular, en cuanto imperativo de protección de ciertos bienes, fines y funciones. Negativa, en cuanto impide ir más allá de las necesidades de un recto orden de la convivencia, preservando solo aquello que resulta imprescindible para el mantenimiento de la existencia social pacífica y segura y dejando librado a los otros órdenes normativos y a la consistencia misma de las relaciones sociales informales el desenvolvimiento de los proyectos individuales".

Tomando como punto de partida las correctas reflexiones antes citadas, podemos afirmar con LUIGI FERRAJOLI que el *modelo garantista de Derecho Penal* está configurado por un conjunto de principios que se constituyen en límites al ejercicio de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de Derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena.

Tal modelo deóntico –que tiene como función específica deslegitimar el ejercicio abusivo de la coerción penal- se desprende de las valoraciones político-criminales emergentes del Estado constitucional de Derecho adoptado por nuestro país.

ENRIQUE GIMBERNAT enseña que en un auténtico Estado social y de Derecho la dogmática es un instrumento imprescindible para mantener el Derecho Penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica. “La idea penal más progresiva y avanzada es, primero, sólo eso: una idea. Para realizarla es necesario formularla legalmente; esta formulación –y su interpretación- será tanto más perfecta cuanto más desarrollado y seguro sea el aparato dogmático de que se dispone”.

La teoría del delito –como concepto analítico y estratificado- representa un sistema de imputación que permite la aplicación del Derecho al caso concreto, procurando asegurar racionalidad, previsibilidad e igualdad. Sin embargo, según lo ha expresado correctamente DANIEL ERBETTA, la elección de tal aparato conceptual puede construirse desde el poder (en cuyo caso terminará por legitimar todas sus manifestaciones) o desde las garantías (y entonces su función será limitar el ejercicio del poder). Si seguimos la última opción, tendremos que orientarnos hacia “el vértice del sistema normativo argentino (la Constitución Nacional y los Tratados de igual jerarquía) y su fuente histórica, política e ideológica”, que sigue el *modelo liberal de Derecho Penal*.

A nuestro modo de ver, las premisas valorativas consagradas por nuestro Estado constitucional de Derecho que resultan decisivas en la elaboración de un sistema de imputación penal más racional, previsible y uniforme, que sirva para limitar el poder punitivo estatal, son las siguientes:

- a) En primer término, el **principio de acción-exterioridad** impide que, sin la presencia de una conducta humana exteriorizada, pueda ser legítima la intervención punitiva del Estado.
- b) El **principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos** sólo autoriza el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada, que implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, cuando dicha afectación no esté justificada por la necesidad de preservar otro bien jurídico prevaleciente.

c) Según el **principio de proporcionalidad**, estrechamente vinculado al principio de lesividad, la gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la entidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el injusto penal. La razonabilidad que impregna este principio se refiere a la adecuación entre los fines comunitarios y estatales perseguidos y la intensidad de las restricciones de los derechos padecidos por las personas.

d) El **principio de legalidad** exige que el supuesto de hecho de cualquier delito debe ser determinado con precisión y específicamente tipificado por una ley penal previa, que describa la conducta humana exteriorizada contraria a la prohibición o al mandato contenidos en la norma primaria, con el fin de evitar la creación de peligro para el bien jurídico.

e) El **principio de reserva penal**, derivado del anterior –también designado como “máxima taxatividad”- excluye la posibilidad que cualquier comportamiento no comprendido en el supuesto de hecho tipificado legalmente –aunque consista en una conducta humana exteriorizada contraria a la moral o al orden público o perjudicial de los intereses o derechos de terceros- pueda ser castigado penalmente mediante la aplicación retroactiva de la ley penal o de la analogía, que –invadiendo su zona de impunidad- implique una situación de mayor severidad para el imputado.

f) Los **principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad** del Derecho Penal, le vedan a éste, como *ultima ratio*, castigar con pena –la injerencia más drástica del Estado en los derechos de una persona- una conducta humana exteriorizada, que afecta un bien jurídico, cuando no represente la modalidad más lesiva para aquél, y pueda recurrirse a sanciones jurídicas no penales, como las del Derecho Civil o Administrativo. Estos principios se vinculan con el concepto de antijuridicidad específicamente penal.

g) El **principio de culpabilidad** requiere que la conducta humana exteriorizada, que implique la modalidad de lesión de un bien jurídico penal, más intolerable socialmente, para legitimar la imposición de pena a su autor o partícipe, debe poder serle imputado objetiva, subjetiva y personalmente.

Este postulado tiene como presupuesto la libertad de decisión del hombre, como persona capaz de conducirse racionalmente. Sus principales consecuencias son la responsabilidad por el **hecho propio** (nunca por conductas de terceros); la responsabilidad penal de **acto** (no por una *peligrosidad* criminal derivada de una *vida mal orientada*); y la responsabilidad penal **subjetiva**, que exige que el sujeto sea

imputable y tenga la posibilidad y la aptitud de conocer que con su comportamiento contraría la norma primaria (lo que se opone a la responsabilidad objetiva y al principio *versari in re illicita*); a la par, requiere que el hecho penalmente ilícito haya sido querido (doloso), o, por lo menos, se haya debido a la violación de un deber de cuidado para evitar afectar al bien jurídico penalmente protegido (culpa).

III.LA PARTICULAR RELEVANCIA DE LOS PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO DE INJUSTO

La construcción analítica del delito que ha prevalecido ha sido la “**estructura trimembre**” o “**tripartita**”, compuesta por tres categorías: el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. La relación entre las dos primeras –consideradas como categorías separadas- determina que los tipos delictivos -que configuran *normas prohibitivas*- se sitúan a un distinto nivel que las causas de justificación, las cuales tienen naturaleza de *normas permisivas*.

Pero, a partir de la caracterización del tipo sistemático como “tipo de injusto”, efectuada por el normativismo neokantiano, que entendía al tipo ya no como una mera *ratio cognoscendi*, sino como una verdadera *ratio essendi* de la antijuridicidad, se comenzó a poner en crisis el concepto del tipo como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad.

Sin embargo, el sistema tripartito del delito permaneció intacto pues -aunque aquella posición entendió que el tipo supone y fundamenta la existencia de la antijuridicidad, porque la acción típica afecta bienes jurídicamente protegidos- se consideró que el tipo expresa un juicio provisional de injusto: “si luego concurre alguna causa de justificación, ésta anula o suprime la antijuridicidad ya creada y fundamentada en el tipo: así p. ej. *Mezger* en los años treinta, o *Schmidhäuser* en la doctrina moderna”.

Suscribimos el juicio adverso de LUZÓN PEÑA, para quien “no es cierto que en las causas de justificación la conducta sea primero antijurídica y después deje de serlo, sino que de entrada ya no es antijurídica; en efecto, no se puede hablar de antijuridicidad sólo porque se perturben bienes jurídicos si esa perturbación no está jurídicamente desaprobada”.

1. Teoría de los elementos negativos del tipo

El paso decisivo para la adopción de una “**estructura bimembre**” o “**sistema bipartito**”, integrado únicamente por el tipo de injusto y la culpabilidad, fue dado por la “**teoría de los elementos negativos del tipo**”, formulada inicialmente por ADOLF MERKEL en 1889 y acogida por otros autores como BAUMGARTEN (1913), RADBRUCH (1930), FRANK (1932), HELLMUTH VON WEBER (1935), LANG-HINRICHSSEN (1953), ARTHUR KAUFFMANN (1954), ENGISCH (1960) y otros dogmáticos alemanes.

Sin embargo, no debemos identificar el sistema bipartito del delito con la teoría de los elementos negativos del tipo. En efecto: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ -quien sostiene la bipartición en la construcción analítica del delito- afirma que la estructura bimembre del delito no implica necesariamente acoger la teoría de los elementos negativos del tipo, aunque ciertamente, las concepciones bipartitas hayan surgido de partidarios de esta doctrina, en su mayoría. En ese sentido, IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO² acepta que “la suerte de la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito no corre paralela a la de esta teoría”.

SANTIAGO MIR PUIG entiende que la teoría de los elementos negativos del tipo “lleva a sus últimas consecuencias el planteamiento neokantiano: si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo sólo provisionalmente, sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que **la tipicidad implica siempre la antijuridicidad** y, viceversa, **la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad**. Según esto, el tipo consta de dos partes: *parte positiva* y *parte negativa* (o tipo positivo y tipo negativo). La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional, esto es, conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto. La parte negativa añade la exigencia de que no concurran causas de justificación”.

Esta posición fue repelida por HANS WELZEL, quien retornó al concepto belingniano de un tipo valorativamente neutro, aunque adhiriendo al “carácter indiciario” postulado por MAX ERNST MAYER. También fue rechazada por HIRSCH, quien realizó una amplia exposición. Más recientemente, se opone críticamente a ella GÜNTHER JAKOBS.

² *De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo*, InDret Penal 3/2008, publicado en la página de Internet www.indret.com

En 1959, en “Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”, CLAUS ROXIN aceptó expresamente la teoría de los elementos negativos del tipo bajo el rótulo de “tipo total de injusto”.

En dicha obra, de modo expreso y categórico, manifestó que el *tipo total de injusto* es “esencialmente correcto”, toda vez que “la idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación del injusto tanto como los elementos de la descripción particular del delito. Naturalmente llevan a cabo esta función de otra manera: mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario a derecho”. Agrega que “parece ser totalmente razonable concebir un tipo descriptivo de lo injusto frente a otro tipo excluyente de lo injusto, en los que se agrupen ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero el tipo fundamentador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto”.

En 1970, en la ya mencionada obra “Política criminal y sistema de derecho penal”, ROXIN mantuvo su adhesión al concepto de un “tipo de injusto unitario”, aunque –como correctamente apunta MIR PUIG- resulta inconsecuente que en dicha obra “distinga Roxin entre tipicidad y causas de justificación, cuando es sabido que en otros lugares (...) rechaza la distinción y defiende la teoría de los elementos negativos del tipo. En *Política criminal*, cit., p. 56, nota 56, aclara que esta teoría no impide reconocer el distinto significado de la parte positiva y la negativa del tipo. Ello es cierto, pero no llega, desde luego, hasta permitir a un defensor del tipo total de injusto reducir el concepto de tipicidad a la parte positiva, porque esto sería precisamente abandonar la teoría de los elementos negativos”.

Dicho abandono finalmente se produjo en 1991, cuando en la primera edición de su “Derecho Penal. Parte General”, ROXIN dejó de adherir a la estructura bipartita del delito basada en la teoría de los elementos negativos del tipo, que han continuado defendiendo algunos de sus discípulos alemanes como BERND SCHÜNEMANN. En España lo hacen ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, SANTIAGO MIR PUIG (sólo en el fondo, no en su terminología, que fue calificada como “*desafortunada*” por ENGISCH), IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, entre otros.

ROXIN explica que, no obstante los beneficios que ofrece la estructura bipartita edificada sobre el tipo global de injusto, hay razones de mayor peso para preferir el tipo delictivo como una categoría autónoma frente a la antijuridicidad, pues cada uno de tales estratos analíticos “tienen especiales funciones político-criminales, que corren el riesgo de echarse a perder si no se las tiene en cuenta también a efectos sistemáticos”.

Para el maestro de Munich el tipo y la antijuridicidad son -cada uno de ellos- una categoría propia del delito porque son divergentes desde varios puntos de vista valorativos: el primero como tipo delictivo cerrado y jurídicopenalmente específico y la segunda como causa de justificación en general, cuyo alcance se extiende mas allá del Derecho Penal y estructurada conforme a principios de orden social (ponderación de bienes y autoprotección); el uno como objeto de aplicación del principio de legalidad y la otra como lugar de desarrollo y plasmación de criterios de superior rango; el tipo como juicio provisional de desvalor y la antijuridicidad como valoración negativa en el caso individual de la concreta dañosidad social de la conducta; o finalmente para la exclusión de la punibilidad, bien como atipicidad jurídicamente indiferente o bien como justificación jurídicamente permitida y que debe ser tolerada por el afectado. Concluye que tales diferencias quedarían niveladas “si desde la perspectiva de un sistema del delito bipartito se considera como atípica toda conducta justificada”.

A nuestro parecer resultan mayores las ventajas de la estructura bimembre edificada sobre la aceptación de la teoría del tipo total de injusto, defendida y ampliada por ROXIN en 1959, que los argumentos empleados más tarde por este autor para abandonar su posición inicial.

En el Libro-Homenaje a Roxin con ocasión de su doctorado *honoris causa* de la Universidad de Coimbra, al referirse a la funcionalización de las categorías de la teoría del delito a partir de principios político-criminales, efectuada por su maestro, BERND SCHÜNEMANN coincide con KURT AMELUNG en que “la determinación de la finalidad del tipo a partir del *nullum crimen* es demasiado formal, y que, a su vez, es demasiado inconcreto deducir las causas de justificación a partir de la idea de la solución social de conflictos”. SCHÜNEMANN agrega: “Más bien en ambos casos se trata de determinar lo jurídicopenalmente injusto, y con ello, las *acciones especialmente lesivas desde el punto de vista social*, para lo cual la diferenciación entre tipicidad y causas de justificación únicamente posee un significado *heurístico y técnico*”.

SCHÜNEMANN sostiene un sistema bipartito dividido en dos planos: por un lado, la antijuricidad penal (*tipo de injusto penal*) consistente en la *desvalorización objetiva especialmente intensa (específicamente penal) del hecho*; por el otro, la *responsabilidad individual* del autor por dicho hecho.

Para refutar la pretensión de una distinción sustancial entre conductas típicamente irrelevantes y comportamientos justificados, SCHÜNEMANN afirma: “La tipicidad y la ausencia de causas de justificación constituyen, pues, diferenciaciones pragmáticas del plano valorativo del “injusto penal específico”. Por este motivo, está absolutamente fuera de lugar, en un sistema jurídico-penal teleológico, que se pretenda atribuir al tipo de injusto –como JAKOBS continúa haciendo– “una específica unidad de sentido jurídico independiente de una situación justificante dada”, fundamentándolo con el viejo razonamiento de WELZEL de que no es lo mismo matar a un mosquito que dar muerte justificadamente a un hombre. En efecto, desde la perspectiva del valor básico determinante, es decir, del injusto penal, ambos casos merecen el mismo juicio, de modo que la distinción existente entre ellos sólo puede reproducirse sistemáticamente en un nivel posterior de diferenciación”.

El mismo autor sostiene que utilizar tal ejemplo como argumento de la existencia de una diferencia sustancial entre ausencia de tipicidad y justificación, es erróneo desde el punto de vista “del criterio rector de la lesividad social, ya que, quiérase o no, la muerte de una persona en legítima defensa es tan poco lesiva socialmente como la muerte de un mosquito”.

En términos coincidentes se pronuncia SILVA SÁNCHEZ: “debe afirmarse que los hechos atípicos y los justificados tienen en común el no estar prohibidos penalmente y, por tanto, el hallarse sometidos a un régimen idéntico de consecuencias jurídico-penales”.

Acotamos por nuestra parte que, en ambas situaciones –conducta jurídicamente irrelevante y comportamiento jurídicamente prohibido pero amparado por una proposición permisiva o causa de justificación– nos encontramos frente a comportamientos que no crean riesgos jurídicamente prohibidos, razón por la cual tienen idéntica solución jurídico-penal.

En este punto, es preciso destacar que la actual preferencia de ROXIN por la estructura tripartita del delito con la consideración separada de las categorías del tipo y la antijuricidad, no se muestra acorde con lo manifestado en las palabras previas a la

segunda edición en lengua española de su “Política criminal y sistema del Derecho Penal”: “Para mí actualmente, en la estructura preventiva general del tipo –que en cierto modo expresa las reglas de conducta dirigidas a todos los ciudadanos– desempeña un papel central, junto al principio *nullum crimen*, la imputación objetiva, que casi coetáneamente con esta monografía he (re)fundado y que desde entonces ha conseguido tanto en Alemania como en el mundo muchos partidarios”.

En su aporte al libro-homenaje a Jescheck, publicado recientemente en lengua castellana, el propio ROXIN ha precisado que “la protección de bienes jurídicos no solamente designa la tarea del Derecho penal, sino también domina la sistemática de su teoría del injusto. El Derecho penal protege al bien jurídico, en el marco del alcance de sus tipos, contra riesgos no permitidos. Por ello, la protección de bienes jurídicos y la teoría de la imputación objetiva son componentes indesligables de una materia de prohibición que incluya procesos sociales de ponderación”.

Precisamente, un desarrollo consecuente con dicho razonamiento, haría posible admitir el sistema de imputación bipartito, en el cual el injusto penal específico comprendiera en su tipo objetivo todo el ámbito de prohibición penal de creación y realización de riesgos hacia el bien jurídico, incluyendo las restricciones representadas por las causas de justificación, que implican peligros no desaprobados jurídicamente.

En otras palabras, si el resultado típico debe ser imputable al tipo objetivo mediante la creación y realización de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, dentro del fin de protección del respectivo tipo, la concurrencia de una causa de justificación –que restringe la prohibición para salvaguardar un bien jurídico preponderante– produce *ab initio* la exclusión del tipo de injusto penal.

Veamos algunos ejemplos:

1. Se dice que no es objetivamente imputable el resultado producto de una conducta que *disminuye* el riesgo para el bien jurídico, como sucede cuando un peatón que está a punto de ser embestido violentamente por un automotor que circula a gran velocidad, es empujado por otro, quien le salva la vida, pero le ocasiona una fractura en un brazo al provocarle una brusca caída. Se trataría de lesiones graves no prohibidas bajo amenaza de pena, por la presencia de una situación fáctica que encuadra en el estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3 C.P.) el cual elimina el tipo de injusto.

2. Según expresa OMAR PALERMO, las lesiones causadas por el agredido al agresor deben ser tratadas normativamente como un caso de “imputación a la víctima”. En consecuencia, al fracasar la imputación objetiva, la legítima defensa (art. 34, inc. 6 C.P.) excluye el tipo objetivo.

Nuestra posición parece distanciarse en este punto del pensamiento de uno de los más destacados defensores españoles de la teoría de los elementos negativos del tipo, LUZÓN PEÑA, quien asevera que “desarrollando coherentemente la exigencia del riesgo jurídicamente desaprobado, habría que llegar a negar también la imputación objetiva del resultado siempre que la acción creara un riesgo jurídicamente aprobado de lesionar el bien jurídico en legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento del deber o ejercicio del derecho o cargo, es decir, en cualquier supuesto en que el riesgo de la acción estuviera amparado por una causa de justificación. Esta línea supone por consiguiente el germen de una desmedida ampliación y desnaturalización del concepto de imputación objetiva y una confusión de las diversas funciones del tipo estricto (o parte positiva del tipo) y de la exclusión de la antijuridicidad (parte negativa del tipo)”.

El autor mencionado advierte funciones distintas de ambas partes del tipo total de injusto: la parte positiva describe los elementos, objetivos y subjetivos, de una acción que la hacen en principio penalmente relevante (entre otras cosas, por su peligrosidad o lesividad para bienes jurídicos) y que por tanto suponen un indicio de antijuridicidad y fundamentan en principio un injusto penal; la parte negativa, la ausencia de causas de justificación, sirve para confirmar definitivamente ese indicio de antijuridicidad, para que ésta quede definitivamente fundamentada, o, por el contrario, si hay causas de justificación, para deshacer o no confirmar el indicio de antijuridicidad que presentaba la parte positiva del tipo.

Aquella función de la parte positiva del tipo total nos recuerda, en cierto modo, al entendimiento del tipo como simplemente indiciario o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, que había propuesto M.E. MAYER en 1915 y aceptado años después el finalismo welzeliano, criterio que -según el propio LUZÓN PEÑA- “sigue siendo mayoritario”.

Con el debido respeto al ilustre catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares, entendemos que nuestra interpretación es más consecuente con el principio constitucional de exclusiva protección de bienes jurídicos al permitir una mejor

conciliación de los criterios de imputación al tipo objetivo con la concepción del “tipo total o global de injusto”.

Ello es así por cuanto -además de los argumentos de índole dogmática que acabamos de reseñar- la estructura bimembre del delito sustentada en la teoría del tipo total de injusto -que pone el acento en la teoría de la imputación objetiva- resulta compatible con los principios político-criminales del programa de nuestra Constitución y preserva mejor el ámbito de libertad individual en comparación con el modelo tripartito, al abarcar en la represión penal sólo las acciones creadoras de un peligro para el bien jurídico, que se realiza en el resultado, cuando dicha afectación no esté legitimada por la necesidad de salvaguarda de otro bien jurídico de mayor valor.

Nuestra posición, fundada en un modelo constitucional penal-liberal, sostiene que el contenido material de la antijuridicidad deriva del art. 19 de la Constitución argentina, que garantiza la libertad individual al limitar las potestades estatales tendientes a la seguridad, estableciendo que para que una conducta pueda ser mandada o prohibida deberá existir una ley (*antijuridicidad formal*), y ésta no podrá ordenar o prohibir comportamientos que no sean ofensivos al orden y a la moral pública o perjudiciales de los derechos de terceros (*ilicitud sustancial*). De modo tal, que el criterio diferenciador entre las acciones *privadas* y las *públicas* es el de la ofensividad o lesividad de las últimas, y su consecuencia es la posibilidad legal de su prohibición o mandato.

En esa línea de pensamiento, afirmamos que -por imperio del primer párrafo de la mencionada disposición constitucional- sólo pueden ser antijurídicas en general aquellas acciones humanas externas (“acciones públicas”) que -de algún modo- ofendan al orden y a la moral pública o perjudiquen los intereses de un tercero; pero sólo a la ley penal “anterior al hecho del proceso” (art. 18 C.N.) le compete de manera exclusiva la tarea de seleccionar -de entre los múltiples comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico general- el elenco de conductas penalmente antijurídicas taxativamente descriptas en los tipos delictivos de la Parte Especial del Código Penal.

Conforme al principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos sólo está autorizado el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada, que implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, cuando dicha afectación no esté justificada por la necesidad de preservar otro bien jurídico prevaleciente.

De tal forma, realizando una operación de integración normativa de los tipos de la Parte Especial del Código Penal con las causas de justificación contenidas en la Parte General, podemos obtener una visión completa del ámbito de prohibición penal y así conocer cuáles son los comportamientos socialmente dañosos que –por implicar riesgos prohibidos por los tipos de injusto específicamente penales- están amenazados con pena.

En consecuencia, una misma conducta no puede -al mismo tiempo- estar penalmente prohibida por ser típica, y permitida por no ser antijurídica, al estar cubierta por una causa de justificación.

Compartimos el pensamiento de GERMÁN J. BIDART CAMPOS cuando enseña que la libertad jurídica es un “principio básico a favor del *hombre*, en el sentido de que *todo lo que no está prohibido está permitido*. Si fuera necesario que cada conducta humana tuviera que estar autorizada, la nómina de permisiones se elevaría hasta el infinito, y siempre dejaría lagunas. Hay que partir, por eso, desde una base de libertad jurídica, que demarca como zona permitida (libre) toda el área de conductas no prohibidas. Este principio se deduce de nuestra constitución del mismo art. 19 en la parte que consagra el principio de legalidad, porque si nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no impide, es porque “lo no prohibido está permitido”.

El mismo autor agrega que el “área de intimidad y la zona de permisión *no son extrajurídicas ni ajurídicas*, porque desde que el derecho las protege quiere decir que son espacios jurídicamente relevantes, “dentro”, y no fuera, del mundo jurídico, en los que el hombre se mueve dentro de un ámbito de *licitud*”.

En la arquitectura político-criminal de la Constitución argentina no existen normas *permisivas* -los denominados “permisos fuertes”, diferenciables de los comportamientos jurídicamente irrelevantes, llamados “permisos débiles”- que puedan configurar excepciones a la regla, representada por las normas prohibitivas o imperativas.

El ámbito de libertad que garantiza ampliamente el art. 19 C.N., comprende no sólo las ideas y pensamientos no traducidos en acciones humanas externas, sino también aquellas conductas que los ciudadanos pueden facultativamente realizar o no realizar, sin consecuencias jurídicas, porque no han sido objeto de un **mandato** o de una **prohibición**. Éstas son las dos únicas normas previstas en el segundo párrafo del art. 19 C.N., cuya infracción puede dar lugar a la antijuridicidad, razón por la cual

consideramos incoherente e ilógica la pretensión de aplicar la distinción de WELZEL entre lo “no prohibido” y lo “prohibido permitido”.

Conforme tales premisas constitucionales, cobra importancia la distinción efectuada por GIMBERNAT cuando expresa: “...está generalmente admitido por la dogmática penal la distinción entre lo lícito, lo prohibido y lo culpable jurídicopenalmente. La acción de pasear es un ejemplo de comportamiento lícito. Matar a otra persona sin que concurra ninguna causa de justificación es un supuesto de comportamiento jurídicopenalmente prohibido. Que un enajenado mental o un niño realicen un hurto puede servir de ilustración de acción prohibida, pero no culpable”.

De tal manera, podemos decir que la libertad de obrar es la regla, y que las restricciones a tan amplia facultad, emergentes de los mandatos y las prohibiciones, constituyen las excepciones. Por ese motivo, se dice que “todo lo que no está prohibido o mandado, está jurídicamente permitido”, pero no con el significado de “permisos en sentido fuerte” asignado por VON WRIGHT³, que excepcionen a las normas prohibitivas o imperativas, pues no compartimos las opiniones que interpretan que la forma negativa de redacción de la segunda cláusula del art. 19 C.N., “demuestra que la conducta será *prohibida u obligatoria* cuando no esté específicamente permitida”, dado que aquéllas significan una inadmisible inversión del sentido garantista y liberal de dicha cláusula constitucional.

Es que, como lo señala con precisión ORTIZ DE URBINA GIMENO (ob. cit., p. 14), la distinción entre permisos débiles y fuertes propuesta por Von Wright “resulta correcta en términos descriptivos. En los ordenamientos jurídicos existen tanto conductas sobre las que el sistema no se ha pronunciado como otras sobre las que se ha pronunciado declarándolas expresamente permitidas. Si nos centramos en el subsistema jurídicopenal, la distinción permiso fuerte-permisos débiles parece prácticamente indistinguible de la existente entre acciones típicas (la muerte de una mosca) y acciones típicas pero justificadas (la muerte del agresor realizada en legítima defensa). Sin embargo, lo verdaderamente importante es si la distinción, además de descriptivamente correcta, también es relevante”.

Dicho autor (ob. cit., pp. 14 y 15) agrega: “Cuando la conducta del sujeto cae dentro del supuesto de hecho de una norma de permisión, sin embargo, el Derecho penal deja de pretender guiar su conducta: el sujeto que se encuentra en una situación de legítima

³ VON WRIGHT, GEORG HENRIK, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London (Routledge & Kegan Paul, 1963).

defensa puede decidir tanto defenderse como esquivar o soportar la agresión ilegítima de la que está siendo objeto. Sea cual sea su decisión, el Derecho penal no anudará efecto alguno a su actuación. Así pues, parece que no puede afirmarse la existencia de una diferencia relevante entre la fuerza normativa de los permisos fuertes y los débiles”.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (ob. cit., p. 15) enseña correctamente que, si se entendiera que el subsistema jurídico-penal presenta la peculiaridad –desde el punto de vista de la relación entre permisos fuertes y débiles- que el principio de legalidad actuaría como una norma de clausura o de cierre, declarando expresamente permitidas todas las conductas no expresamente prohibidas y cerrando conceptualmente la posibilidad a la existencia de permisos débiles, se vería fortalecido el argumento a favor de la irrelevancia de la distinción entre las conductas atípicas y las típicas y justificadas.

2. Antijuridicidad genérica y antijuridicidad específicamente penal

La distinción entre el injusto específicamente penal y otras clases de injusto fue precisada por HANS-LUDWIG GÜNTHER, al explicar que no toda conducta contraria a Derecho es penada, sino que la ley, mediante el tipo penal, selecciona de entre el amplio círculo de acciones antijurídicas, que infringen normas del ordenamiento jurídico y son jurídicamente desaprobadas, “aquellas acciones que incorporan un injusto digno de pena, jurídicopenalmente relevante y que desencadena la consecuencia jurídica ‘pena criminal’”.

A continuación GÜNTHER agrega: “Por ejemplo, los menoscabos de la propiedad imprudentes, las simples privaciones de la posesión y las vulneraciones contractuales dolosas, o las causaciones imprudentes o incluso la muerte del feto en el claustro materno, según el Derecho alemán federal son impunes, pero naturalmente que no por ello son lícitas o conformes a Derecho: pues el sujeto actúa incorrectamente e infringe prohibiciones o mandatos de otros campos jurídicos”.

A partir de lo anterior, el catedrático de la Universidad de Tübingen, expresa: “Por ello hablo de ‘injusto penal’ para delimitarlo del concepto más amplio del injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario. Todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya

un injusto penal, un injusto penalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción). Y debido al principio *nullum crimen sine lege* es el legislador quien en primera línea decide al respecto mediante la redacción del tipo penal legal”.

SILVA SÁNCHEZ admite que son penalmente antijurídicas conductas que contienen un *riesgo especialmente grave* –en términos tanto cuantitativos como cualitativos- *para bienes jurídico-penales*, toda vez que sólo aquéllas entran dentro de lo que parece necesario, posible y lícito prohibir con una limitación de la libertad de acción de tanta intensidad como es la amenaza de pena. El mencionado autor entiende que “la función del juicio de antijuridicidad penal en un sistema teleológico que, como GÜNTHER se ha esforzado por mostrar, no es la delimitación de lo prohibido respecto de lo conforme a Derecho, sino la cualificación del injusto penal como injusto merecedor (en abstracto) de la pena, frente a las demás formas de conducta antijurídica”.

Tal caracterización, según GÜNTHER, “tiene sus raíces en consideraciones constitucionales y político-criminales. Dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal)”.

En orden a la admisión de la influencia de las premisas político-criminales de la Constitución en la configuración de la tesis de Günther resultan relevantes las reflexiones de AMELUNG: “En los últimos tiempos, la función político-criminal del tipo penal se define cada vez más con ayuda de consideraciones jurídico-constitucionales. Así pues, son determinantes de su contenido la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de una reacción jurídico-penal, que se estima la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por una cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como *injusto agravado* se convierte en la función esencial del tipo penal”.

Combinando los arts. 18 y 19 de la Constitución argentina, y teniendo en cuenta la limitación emergente de los principios de lesividad y de proporcionalidad, a través del principio de *última ratio* del Derecho Penal estimamos que no sólo se trata de saber cuándo puede legitimarse desde el punto de vista constitucional que un determinado comportamiento pueda estar, en general, prohibido o mandado (*antijuridicidad general*), sino cuándo podría estar prohibido o mandado bajo amenaza de pena (*antijuridicidad específicamente penal*).

Por ello, la *antijuridicidad general* satisface los principios de legalidad, reserva penal y lesividad; la *antijuridicidad específicamente penal*, los de proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal.

El principio de legalidad determina que sólo a la ley penal “anterior al hecho del proceso” (art. 18 C.N.) le corresponde con exclusividad seleccionar –de entre los múltiples comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico general- el catálogo de conductas penalmente antijurídicas taxativamente descritas en los tipos delictivos de la Parte Especial del Código Penal (principio de reserva penal, art. 19, segundo párrafo C.N.). Conforme al principio de lesividad consagrado en el primer párrafo de dicha cláusula constitucional, el legislador sólo puede prohibir o mandar una conducta humana exteriorizada, cuando ella lesione o ponga en peligro un bien jurídico, y dicha afectación no esté justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preponderante.

Sin embargo, el legislador no está legitimado para prohibir bajo amenaza de pena cualquier comportamiento ilícito en general. En un Derecho Penal de mínima intervención cuya función primordial es la protección subsidiaria de bienes jurídico-penales, sólo puede tipificar como delitos los comportamientos humanos exteriorizados que signifiquen las modalidades de ataque más peligrosas e intolerables para aquéllos.

Ello es coherente con las enseñanzas de MIR PUIG: “Que el Derecho penal **sólo** deba proteger ‘*bienes jurídicos*’ no significa que **todo** ‘*bien jurídico*’ haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente protegidos deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de ‘*bien jurídico*’ es, pues, más amplio que el de ‘**bien jurídico penal**’”.

3. Compatibilidad de la antijuridicidad específicamente penal con la estructura bimembre del delito

Esta cuestión nos plantea la siguiente pregunta: ¿resulta congruente la categoría de la antijuridicidad específicamente penal con una estructura bimembre del delito, construida en base a la teoría de los elementos negativos del tipo?

3.1. Las respuestas a dicho interrogante no son coincidentes:

a) El propio GÜNTHER observa críticamente que en su país los principales sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo no aceptan su tesis: “La igualdad de tratamiento entre fundamentación del injusto penal y exclusión del injusto penal debería ser evidente para los defensores de la concepción del tipo como *tipo total de injusto*, que por tanto conciben la decisión sobre el injusto jurídicopenalmente relevante como una valoración material unitaria. Para ellos, la distinción entre tipo y justificación es únicamente una cuestión de técnica legislativa. Por eso sorprende que en Alemania haya sucedido que precisamente defensores de la teoría del tipo total o global de injusto (LENCKNER, U. WEBER, RUDOLPHI, ROXIN) critiquen una opinión que mide la fundamentación y la exclusión del injusto en Derecho penal con arreglo a los mismos criterios valorativos: con lo cual están desautorizando las bases de su propia teoría del injusto, sin ser conscientes de esa contradicción ni mucho menos enfrentarse con ella”.

Varios de los autores que adhieren a la tesis de GÜNTHER piensan que no existe antagonismo entre la construcción de la teoría del delito con una estructura bipartita (“tipo de injusto” y “culpabilidad”) fundada en la teoría de los elementos negativos del tipo, y la admisión -dentro de la parte negativa del tipo total de injusto y junto a las causas de justificación genéricas- de causas de justificación específicamente penales, que, en sus aspectos fundamentales, coinciden con las “causas de exclusión del injusto penal”, que GÜNTHER distingue de las causas de justificación.

En esta línea, en la dogmática alemana, la posición más nítida es la sostenida por SCHÜNEMANN: “Tanto la tipicidad como la antijuridicidad, en el sentido de un mero *estar prohibido* deducible también de otros sectores del Derecho, pueden concebirse como categorías derivadas del injusto específico del Derecho penal, y, por tanto, inadecuadas para constituir los elementos básicos. En el caso del tipo, ello se sigue del hecho de que el mismo, como descripción de la materia de prohibición, no constituye

otra cosa que un medio heurístico de ayuda para la obtención del injusto penal específico, y, precisamente debido a este diverso *status lógico*, no puede colocarse en el mismo nivel que el injusto. En lo que hace a la *mera* antijuridicidad, por su parte, idéntica consecuencia resulta del hecho de que la misma es condición necesaria, pero no suficiente, del injusto jurídico-penal específico, e igualmente constituye tan sólo un medio de ayuda para su obtención”.

Debemos agregar que –al sostener que la sistemática funcional del Derecho penal únicamente puede conciliarse con la concepción del tipo total de injusto, que la dota de una base más sólida- el profesor de Munich afirma que el escalonamiento sistemático tripartito, todavía hoy dominante, “se muestra torpe y fracasado desde un punto de vista funcional, porque no puede en modo alguno incardinarse en un orden valorativo que tenga sentido: al describir el tipo, en su carácter indiciario-negativo, no sólo un comportamiento meramente antijurídico sino también socialmente lesivo y, por tanto, cualificadamente antijurídico, esta valoración, aunque incompleta, sobrepasa en intensidad a la mera antijuridicidad que, según la concepción tradicional, debería entrar en juego en el segundo escalón. Por otra parte, las causas de justificación que tienen validez para la totalidad del ordenamiento jurídico, y cuya constatación habitualmente tiene lugar en el segundo escalón, despliegan sus efectos mucho más allá de lo que sería, *per se*, necesario para contrarrestar las situaciones de lesividad social, ya que en pura teoría –y en este punto de partida considero incontestable la concepción de GÜNTHER- para excluir el injusto jurídico-penal sería suficiente contrarrestar, exclusivamente, el desvalor cualificado, de manera que quedaría remanente una acción que, desde el punto de vista de la Teoría general del Derecho, en su conjunto aún estaría prohibida, pero que sin embargo ya no alcanzaría el listón jurídico-penal”.

En términos coincidentes se manifiesta en la dogmática española DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, para quien la teoría de los elementos negativos del tipo –que aunque minoritaria, considera correcta- “no tiene por misión describir conductas neutras, ni meramente indiciarias de una prohibición pero que realmente pueden resultar valoradas positivamente y permitidas, sino que su función es que la ley describa, para conocimiento general y para cumplir su misión de norma de determinación de las conductas de los ciudadanos, todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la valoración negativa y consiguiente prohibición general –frente a todos- de una conducta, y ello sólo sucede si en la misma no concurren causas de

justificación. Posteriormente se ha visto que en la parte negativa del tipo también va implícita la ausencia de causas de atipicidad, y dentro de éstas también de causas de exclusión del injusto penal o de la tipicidad penal, que, sin llegar a justificar jurídicamente la acción, al menos determinan que no sea penalmente antijurídica. Por tanto, la parte negativa del tipo supone la ausencia de causas de atipicidad y de causas de justificación”.

b) KURT AMELUNG analiza con beneplácito la posición de Günther a favor de la existencia –junto a las *auténticas causas de justificación*- de una categoría especial, las “*causas de exclusión del injusto penal*”, con una función específicamente penal, “que excluyen la punibilidad de una acción en el plano del injusto, sin que con ello eliminen a la vez la antijuridicidad general de la misma”.

En tal sentido, admite que en las causas de exclusión del injusto penal no funciona la prueba de la legítima defensa, pues una acción que sólo está amparada por una norma de tal clase continúa siendo antijurídica y quien defiende sus bienes jurídicos contra ella defiende a la vez el ordenamiento jurídico. También acepta que la discutible aplicación del art. 103.II de la Ley Fundamental alemana a las causas de justificación halla una clara respuesta entre las causas de exclusión del injusto penal.

AMELUNG entiende que las auténticas causas de justificación –que deciden que cierta conducta puede estar permitida- “adquieren significación jurídico-penal sólo si asocian a los otros fines político-jurídicos encarnados en ellas finalidades político-criminales, y en la medida en que ello tenga lugar: su función específica en el seno del sistema del Derecho penal se agota en integrar eventualmente el ‘ordenamiento jurídico parcial’ del Derecho penal material con el ordenamiento jurídico en su conjunto”.

En este punto es donde AMELUNG se diferencia de la posición de Schünemann y Luzón Peña: “Aunque sólo sea por esta razón, no es posible admitir la teoría de los elementos negativos del tipo, al menos en las auténticas causas de justificación. Los elementos (negativos) del tipo de una auténtica causa de justificación no pueden situarse en el mismo nivel que los elementos del tipo penal, porque, en tal caso, se eliminarían diferencias entre formas de injusto incomparables. Pues, mientras que la ausencia de los elementos típicos de una causa de justificación simplemente indica que el hecho no está permitido jurídicamente, la concurrencia de los elementos de un tipo penal alude a que dicho hecho está prohibido bajo pena”.

3.2. Por nuestra parte, entendemos que el programa político-criminal de la Constitución argentina configura un sistema de garantías para la libertad del ciudadano, quien no podrá verse sometido a sanción alguna si su comportamiento no encuadra en algún supuesto de hecho, previamente determinado en forma clara y taxativa por la ley, que describa con precisión aquellas acciones con mayor dañosidad social que –por implicar riesgos prohibidos por los tipos de injusto específicamente penales- sean objetivamente merecedoras de pena. Con ello se puede evitar el ejercicio abusivo de la coerción penal estatal con objetivos puramente ideológicos y lograr acotarlo a los supuestos de hecho estrictamente indispensables, propios de un Derecho Penal de mínima intervención.

Desde esa perspectiva teleológica, consideramos que la categoría de la antijuridicidad específicamente penal postulada por GÜNTHER puede coexistir dentro de una estructura bimembre del delito, construida en base a la teoría de los elementos negativos del tipo. De tal manera, la parte negativa del tipo de injusto comprende tanto la ausencia de causas de atipicidad, cuanto de causas de justificación.

Sin descartar la relevancia de la diferenciación de las normas jurídico-penales en normas primarias y secundarias, para la elaboración del sistema bipartito de imputación penal, no podemos identificarnos totalmente con el propuesto por SILVA SÁNCHEZ, donde el resultado, entendido en el sentido de “realización de la tipicidad *ex post*” (lesión o puesta en peligro del bien jurídico correspondiente), esto es, como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa, no pertenece al ámbito de la norma primaria, sino al de la norma secundaria.

Los atendibles argumentos del catedrático de la Universidad Pompeu Fabra se sustentaban en gran medida en las ideas expuestas por su maestro SANTIAGO MIR PUIG. Sin embargo, este destacado autor, a partir de la cuarta edición de su “Derecho Penal. Parte General”, modifica su posición, y así lo explica en el prólogo.

En consecuencia, a la luz de los principios de un Derecho Penal de garantías para la libertad del ciudadano, propio del Estado constitucional de Derecho, resultan preferibles las enseñanzas del catedrático de la Universidad de Barcelona, para quien el carácter penal de la antijuridicidad penal debe partir del desvalor de resultado: “la antijuridicidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuridicidad, en primer lugar, por exigir un desvalor de resultado especialmente grave o peligroso: una lesión o

puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (**desvalor de la conducta**)”.

Le asiste razón a LUZÓN PEÑA cuando –luego de admitir que el Derecho no puede prevenir que se causen resultados objetivamente imprevisibles o inevitables- rechaza que sólo prohíba acciones que intenten o que puedan causar resultados y que no prohíba causar resultados. “Las normas jurídicas prohíben primariamente causar evitablemente resultados mediante acciones humanas dolosas o imprudentes (esquemáticamente: se dice ‘prohibido matar’ y no ‘prohibido intentar o poder matar’), y ya secundariamente se plantean también la tentativa o los delitos de peligro. Además, la producción o no del resultado no es obra del azar, puesto que no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo si hay *imputación objetiva* del mismo a la acción, o sea, sólo de aquel resultado que jurídicamente sea precisamente ‘obra de la acción’ y no del azar. Por último, dado que la producción del resultado desvalorado (de lesión o de peligro para bienes jurídicos) es lo que pretende evitar la norma, el desvalor de la acción –dolo o imprudencia- no está desconectado, sino que ha referirse precisamente al desvalor del resultado, lo que contradice la concepción del resultado como condición objetiva de punibilidad”.

IV. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO DE INJUSTO EN BASE A LOS CRITERIOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA CONSTITUCIÓN

Nos queda por analizar cuáles son los rendimientos prácticos esperables mediante la aplicación del programa político-criminal de la Constitución argentina a las cuestiones precedentemente planteadas, respecto del objetivo de lograr una más racional contención de la coerción penal estatal.

La consecuencia ineludible de la construcción bimembre de la teoría del delito que considera a las causas de justificación como elementos negativos del tipo, es que a su vez, según SCHÜNEMANN “surge por lógica forzosa la teoría restringida de la culpabilidad. Según esta teoría, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación debe ser calificado como error de tipo y no como un error de prohibición, lo que de hecho es reconocido en Alemania por la opinión mayoritaria. Sólo la estructura bipartita del delito y la teoría de los elementos negativos del tipo ofrecen una fundamentación concluyente para ello”.

Sin acoger en toda su extensión la teoría del “tipo global de injusto”, SILVA SÁNCHEZ -quien también sostiene una estructura bipartita del delito en base a la teoría de las normas jurídico-penales- llega a igual conclusión que SCHÜNEMANN: “La distinción fundamental, y a la que se asocian los más trascendentes efectos prácticos, es la que tiene lugar entre la *situación penalmente antijurídica* (o supuesto de hecho penalmente prohibido) y el *juicio de antijuridicidad penal* que recae sobre esa situación. Esto es lo decisivo a efectos dogmáticos (de error) y produce, sin duda, una conclusión en este ámbito contraria a la tesis de la teoría estricta de la culpabilidad”.

De tal manera, el error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación afecta a la completa caracterización del *hecho*, en el plano de la realidad, por lo que resulta posible su encuadramiento en la eximente del art. 34 inc. 1º C.P. argentino. Es que si matar al injusto agresor no merece el juicio de antijuridicidad es precisamente porque constituye un *hecho distinto* en su misma existencia fáctica al del homicidio de quien no agrede ilegítimamente.

Esperamos, con nuestras reflexiones, haber hecho un modesto aporte a la discusión de temas de palpitante actualidad, donde intervienen distintos exponentes de la Ciencia Jurídico-penal, en las que no debería desaprovecharse la significativa contribución de profesores de distintas áreas y disciplinas, movidos por la gran preocupación por encontrar respuestas adecuadas a los requerimientos de justicia del hombre de hoy frente al fenómeno del delito y la “*sensación*” de inseguridad que viven nuestras sociedades.