

## LA TIPICIDAD (1)

CARLOS V. GALLINO YANZI

Profesor Titular de Derecho Penal

SUMARIO: I. CONCEPTO. La labor del legislador.

II. EVOLUCION DE LA DOCTRINA DE LA TIPICIDAD: 1º.: Fase defensiva y descriptiva. Crítica y aceptación de la teoría de Beling. Reelaboración de la misma. 2º.: La teoría del "delito-tipo" (imagen rectora): "la imagen rectora", "la especie delictiva" y "el tipo de delito"; a) "la imagen rectora" el injusto y la culpabilidad; b) la imagen rectora; como categoría lógica o concepto funcional; c) extensión de la teoría de la imagen rectora: a') Tipos autónomos y tipos subordinados; b') Formas subordinadas legisladas como tipos autónomos. La funcionalidad de la tipicidad en Beling.

III. DESENVOLVIMIENTO ULTERIOR DE LA TIPICIDAD: a) Elementos normativos del tipo; b) Elementos subjetivos del tipo; c) Relaciones de la tipicidad y la antijuricidad: a') La tipicidad como indicio de antijuricidad ("ratio cognocendi"); b') La tipicidad como relación necesaria ("Ratio essendi").

V. Fase destructiva.

VI. CLASIFICACION DE LOS DELITOS POR EL TIPO: 1º.: Tipos normales (o de descripción objetiva), el núcleo del tipo, 2º.: Tipos anormales: A) Los elementos normativos (simples conceptos normativos y puros elementos normativos); B) Los elementos subjetivos. Clasificación de los delitos por los elementos subjetivos del tipo: a) delitos de intención, Delitos de intención ulterior: a') delitos que con el primer acto intencional ya se cumple el propósito; b') delitos de resultado cortado; c') delitos mutilados en dos actos; b) Delitos de tendencia; c) Delitos de expresión.

VII. CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS FUERA DEL AUTOR: a) Delitos de impresión; b) Delitos en el sentido objetivo.

VIII. Los elementos negativos del tipo.

IX. El sujeto activo y el sujeto pasivo en el tipo.

X. LA ESPECIFICACION DE LOS TIPOS por el objeto, tiempo, lugar, ocasión y medios.

XI. ESTRUCTURA DE LOS TIPOS: Los tipos simples, el tiempo de consumación. Clasificación de los tipos simples: a) básicos o fundamentales, especiales o complementarios; b) tipos agravados y privilegiados.

XII. TIPOS COMPUESTOS: a) Tipos complejos; b) Delitos acumulativos y mixtos; c) La ley penal mixta: alternativa o acumulativa.

XIII. Función de la tipicidad.

XIV. La ausencia de tipicidad.

- 
1. Jiménez de Asúa L. "Tratado de Derecho Penal" Bs. As. 1951. T. III "1ra. parte" págs. 649 ss. "La Ley y el Delito" Caracas - Venezuela. 1945. Cap. XXIII y XXIV. Denominación de Jiménez de Asúa, otros traducen la palabra "Tatbestand" por "encuadrabilidad", "delito-tipo", "subordinación típica".

## I - CONCEPTO:

La palabra "tipo" del latín "tipus" con que se traduce generalmente la voz alemana "tatbestand" alude a un conjunto de hechos dotados de una significación unitaria (2). Los conceptos de tipo y sus derivados tipicidad, tipificación, no son unívocos y propios del Derecho Penal, sino multívocos; lo usa la Teoría General del Derecho "como conjunto de presupuestos de una conducta jurídica", en el Derecho civil o comercial como: "negocio típico", "tipos legales", "contrato tipo", "formas típicas" (3), también se utilizan en otras disciplinas mas alejadas del derecho, como la criminología, pero como enseña Jiménez de Asúa, la tipicidad es rigurosamente penal, porque sólo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador, lo que no ocurre en los otros derechos (4).

Es importante conceptualizar que el tipo es una determinada combinación de características (5) y que dentro de los tipos de conducta que el Derecho Penal escoge aparece: "su significación trascendente como el símbolo representativo de figura principal, al que ministra fisonomía propia la ley penal" (6).

Hoy es pacífico en el Derecho Penal contemporáneo argentino que la tipicidad es uno de los caracteres esenciales positivos del delito alrededor del cual se mueven la antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, pero el origen de este descubrimiento se remota al Derecho alemán (7).

Lo que se conoce con el nombre de "principio de legalidad", o sea la tipicidad como garantía constitucional, nace antes con la Revolución Americana, concretada en las Declaraciones de Filadelfia 1774 y Virginia y Maryland 1776; en Europa con la "Josefina" dictada por el Emperador de Austria José II en 1777 y en la Revolución Francesa con la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, al consagrar los postulados fundamentales por los cuales ha-

- 
2. Rodríguez Devesa J.M. "Derecho Penal Español" (Parte General) Madrid 1976 pág. 346.
  3. Surge ya en el Derecho Romano. Spota A.G. "Tratado de Derecho Civil" Bs.As. 1958 n. 2008 ss.
  4. Seeling E. "Tratado de Criminología" trad. J.M. Rodríguez Devesa. 1958. Véase "Clases de tipos de actos y autores" pág. 65 ss. Jiménez de Asúa "Tratado..." ob.cit. pág. 682.
  5. Rodríguez Devesa J.M. pág. 347.
  6. Jiménez Huerta, M. "La tipicidad" México D.F. 1955 pág. 11.
  7. Surge de las definiciones de sus tratadistas: "Acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinadas medidas de seguridad. Jiménez de Asúa, L. "Tratado: ob. cit. Bs. As. 1965 T. III N°966 "Hecho (Acción en sentido amplio), típico antijurídico, culpable y punible en el caso concreto" Nuñez R. C. "Derecho Penal Argentino" Bs. As. 1959 T. I pág. 210/11. "Acción típicamente antijurídica y culpable adecuada a una figura penal" Soler "Derecho Penal Argentino" Bs. As. 1963 T.I. pág. 222. "Acción típicamente antijurídica y culpable" Fontán Ba-lestra "Tratado de Derecho Penal" Bs. As. 1970 T. I. parágr. 18.

bía luchado el Iluminismo durante los siglos XVIII y XIX mediante la acción de Beccaria, Montesquieu, Rousseau, etc. que consistían en "nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege penale", "el de la igualdad ante la ley" y el que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe" que se establecen luego en nuestra Constitución Nacional, en los Arts. 18 y 19 y se consagra en la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" del 10 de noviembre de 1948 por el pacto de las Naciones Unidas, garantizados por la teoría de la separación y equilibrio de los poderes.

Para conciliar estos principios con la generalización que exigen las leyes, para comprender todos los casos iguales cualquiera sean las personas que los haya cometido, el legislador debe recurrir a su arte para construir los tipos mediante un proceso de abstracción en que utilizará el lenguaje. Así puede ir del "casuismo" mas restricto (antítesis de la generalidad de la ley) a la generalización más extrema, negación de la garantía del nullum crimen (tipos de caucho), tipos abiertos.

Beling por ello sostuvo en su primer ensayo "La teoría del delito" (1906) no se puede hablar de legalidad en los tipos abiertos, (llamados también "de caucho") en los que se advierte la falta de verbo o de la concreción, en los que el Juez es al final el que debe determinar las conductas punibles, como cuando la ley dice los que atenten contra el pueblo Romano", "todo sinvergüenza sería castigado", "los que depriman el espíritu público", etc.

#### La labor del legislador:

"Para que una acción sea delictiva no basta que sea antijurídica, es preciso que este tipificada en la ley. Cuando hablamos de tipicidad queremos decir que la conducta está tipificada, que es típica, esto es, que reúne las condiciones exigidas por el tipo. La teoría de la tipicidad, se reduce a una "teoría del tipo" (8).

Veremos por ello como se construyen los tipos. La voluntad humana consume actos lícitos e ilícitos, de entre estos últimos el legislador escoge los que le parece atentan contra los bienes jurídicos más importantes y fundamentales de la sociedad y los consigna en una ley. La ley es generalmente el Código Penal, pero puede en cambio ser una ley especial que se ocupe de determinados delitos, como la que reprime los "actos de crueldad contra los animales", ley N° 14.346 o la que establece "Penalidades por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar" -Ley N° 13.944 1954-, o una simple que regle la falsificación o uso indebido de marcas de fábrica, comercio, o agricultura, ley N° 3975, arts. 48 y 49; o la que prescribe los diversos delitos de contrabando (T.O. Ley de Aduana) etc.

Con estos actos ilícitos que se les consigna en el Código o la ley, el legislador forma un verdadero catálogo o muestrario, estas especiales figuras, solo pueden dar lugar a penas o a medidas de seguridad, por esos hechos y nada más que por ellos será condenado o sancionado su autor. Vemos así que el legislador acuña en tipos, determinadas conductas consideradas por la sociedad y reconocidas por el Estado como actos ilícitos y los describe en la ley; ejemplo el homicidio, el incendio, el hurto, etc.

---

8. Rodríguez Devesa J.M. ob. cit. pág. 346.

Cuando éste elige las conductas ilícitas que va a inscribir en la ley, procura circunscribirse a las más valiosas, por ello se dice que "el derecho penal es un campo discontinuo de ilicitudes". No todo lo atípico es zona de libertad, muchas veces el legislador no inscribe un acto antijurídico, como por ej.: el incumplimiento de un contrato, la publicación comercial de una fotografía sin consentimiento de quien representa, etc., sin embargo esos actos, si bien no son acreedores a una pena que haga pasible al deudor o al periodista de una condena penal, importan acciones injustas que deben ser reparadas dentro del derecho común. Por ello lo ilícito hace a la constitución de todo el derecho, pero para que podamos sancionar criminalmente un hecho es necesario que ese acto injusto se encuentre tipificado y conminado con una pena. El tipo corresponde a un injusto (9).

¿Cómo se acuñan estas conductas?. El legislador las formula casi siempre objetivamente, sin referencia a que el hecho se hubiera realizado antijurídica o culpablemente; así dice la ley penal: "el que matare a otro", art. 79 del C. P.; "el que causare un aborto", art. 85 del C. P.; "la mujer que cometiera adulterio", art. 118 inc. 1° del C. P., etc.

Esa facultad privativa de acuñar tipos por el legislador, en una o varias leyes surge en nuestro orden jurídico de la Constitución Nacional, ella dice que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso", ar. 18, y confía al Congreso Nacional la potestad exclusiva de dictar el Código Penal o cualquier ley penal, art. 67 inc. 11.

Sólo el legislador puede añadir nuevas a ese catálogo de figuras que es el Código Penal al decir de Beling y él también es el único que puede suprimirlas.

Dentro de la sistemática de un código penal como el argentino, la parte general regla las instituciones genéricas; mientras que la parte especial comprende descripciones objetivas, a las que denominamos "tipos de delito".

## II – EVOLUCION DE LA DOCTRINA DE LA TIPICIDAD:

### 1° Fase defensiva y descriptiva:

Ernesto Beling fue el descubridor de este carácter esencial del delito en un famoso ensayo publicado en 1906 llamado "LA TEORIA DEL DELITO" ("Die Lehre von Verbrechen") donde destacó la importancia y sentido estricto del tipo, es esa faz a la cual denominamos descriptiva. Sin embargo, las críticas que le hicieron a Beling los penalistas alemanes, lo llevó a reelaborar y espiritualizar su obra 24 años más tarde. Así se conoce "La Doctrina del Delito-tipo", (tal la traduce Soler de su Die "Lehre von Thatbestand"). Antes de la concepción de Beling en 1906, "el delito era una acción antijurídica, culpable y sancionada con una pena", la pena incluso era algo accesorio (10). Esta sistematización teórica era una consecuencia de las teorías de las normas de Carlos Binding, para quien el contenido ilícito de la acción criminosa radicará en la desobediencia de una norma prohibi-

---

9. En Beling "Unrechttypus" significa el tipo que corresponde a un injusto.

10. Rodríguez Muñoz en Mezger, E.: "Tratado de Derecho Penal, Madrid, 1946, T. I, pág. 161 s. s., nota 4.

tiva o imperativa. Ellas formaban el sustrato de las leyes sancionadoras penales y entonces, para poder distinguir cuándo estas normas eran penales o civiles, se estableció que sólo aquellas normas sancionadas con penas tenían carácter penal (11).

Esa es la razón por la cual Beling se ve precisado a elaborar su primera teoría de la tipicidad, ella lleva el objeto de diferenciar a las normas por su naturaleza y no por sus consecuencias, como lo había hecho antes la doctrina Beling mismo ha reconocido en última instancia que solo pretendió un desplazamiento del valor, en el ámbito de los elementos del delito, comúnmente reconocidos.

El tipo penal, describe y circunscribe abstractamente los elementos materiales necesarios que caracterizan a una especie de delito. El tipo en la primera concepción de Beling, dice Jiménez Huerta, "es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra al núcleo del concepto en torno al que se agrupan los demás elementos; por ello el delito se definía: acción, típica, antijurídica, culpable". (12).

El punto de partida de su tesis fue el parágrafo 59 del Código Penal alemán que dice: "si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal" (gesetzlichen Tatbestand), o aumenta la penalidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias". Este artículo se refiere al error de hecho y esa expresión "Gesetzlichen Tatbestand" que se la traduce "tipo legal" es la que da origen a la teoría (13).

Beling descubrió, que éste era un elemento o característica esencial del delito, porque el juez no podía castigar a un hombre imputable sin haber comprobado antes que el acto del reo debía adecuarse o subsumirse en un "tipo legal".

El "tipo" en el antiguo derecho alemán, dice Jiménez de Asúa no era un elemento o carácter del delito, que es lo que descubre Beling; era un concepto jurídico muy distinto, era el delito en la totalidad de sus caracteres, incluido el dolo y la culpa es decir lo que los antiguos escritores españoles llamaban la figura del delito.

Sin embargo lo que nosotros denominamos tipicidad es solo un carácter o elemento esencial del delito, que según Beling integra con la acción, la antijuricidad y la culpabilidad la totalidad del delito.

Beling hace además una distinción conceptual entre el aspecto que presenta el ordenamiento penal, como un catálogo de tipos delictivos y la propiedad de adecuación a cada una de las figuras típicas descriptas en el catálogo, que por exigencia legal ha de tener la conducta para ser punible. Así entiendo que, una cosa es el tipo descrito por el legislador, garantía de libertad y seguridad, a su vez

---

11. Así, Von Hippel: "el delito es el hecho al cual el Estado fija como consecuencia una pena" "Lenhrbuch" Cap. II par. 26, I, 1. También Von Liszt F. "Acto humano antijurídico y culpable" Tratado T. II par. 26, I, 1.

12. Jiménez Huerta M. ob. cit., pág. 24 ss.

13. La traducción de "Gesetzlichen tatbestand" no es pacífica, así Jiménez de Asúa la traduce como "contenido legal del hecho", por Soler como "delito-tipo", otros autores: "elementos constitutivos del hecho legal" o "modelo legal" nosotros seguimos a Rodríguez Devesa denominamos "tipo legal".

expresión técnica del alcance de la conducta injusta que se considera punible, el tipo así concretizado y plasmado tiene un carácter estático, está ahí, y otra, la adecuación típica que supone un acto del hombre que debe subsumirse por el intérprete en la ley, adecuarse a la ley. Es este un concepto dinámico y funcional y tal adecuación al tipo es lo que se llama: "thatbestandmassigkeit", que es el sinónimo de "tipizität" (tipicidad).

Rodríguez Devesa sintetiza con notable acierto esta etapa de la doctrina de Beling al destacar que en "La teoría del delito" alcanza la posición analítica su punto culminante", al sostener la completa independencia y separación entre los caracteres del delito", tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, estableciendo el carácter objetivo de las primeras y subjetivo de la última; el delito es así para Beling en esta posición: "Una acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad".

La tipicidad y la antijuricidad son objetivas, la primera describe, la segunda valora, mientras que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad.

"La acción es una conducta humana voluntaria, pero el contenido no pertenece a ella sino a la culpabilidad; es un concepto incoloro que cobra vida mediante la tipicidad (14), la cual sigue siendo ajena a toda valoración, natural objetiva (15); la antijuricidad y la culpabilidad son propiedades de la acción" (16).

En esta primera posición Beling no distingue el "tipo legal" del "tipo del delito", empleando ambos términos con idéntica significación (17). La tipicidad es mera descripción descargada de todo elemento valorativo. El tipo es un elemento neutral ajeno a toda valoración. Comprende sólo los elementos objetivos, no los subjetivos: "la relación interna del autor en la relación típica es un nuevo elemento independiente del delito: la culpabilidad.

#### CRITICA Y ACEPTACION DE LA DOCTRINA DE BELING

La teoría fue recibida friamente por un caracterizado sector de la ciencia Alemana que le fue adversa, entre ellas basta citar a Binding, Frank, Von Hippel von Liszt, Meyer, Allfeld, etc. Fuera de Alemania en Italia Maggiore, Florian, Battaglini, Finzi, Bettiol; en Suiza, Germann y en España, Sánchez Tejerina.

"Las teorías de Beling penetraron en España con Faustino Ballvé en 1913 y Quintiliano Saldaña 1920, divulgándose en ella, generalizándose el concepto y la terminología con Jiménez de Asúa en las "Adiciones a la traducción del Programa de Carrara" 1922, en la escolaridad de la Facultad de Derecho de Madrid se conocieron por "El Programa de Derecho Penal y cuestionario para el acto del examen" (1927) que atestiguan sus enseñanzas en la cátedra de Madrid, que se paten -

14. Beling dice: "Han pasado los tiempos en que toda acción antijurídica y culpable desencadenaba sin más sanción penal" Beling "La teoría del delito" Die Lehre von Verbrechen pág. 21.
15. "El delito no es otra cosa que un bosquejo objetivo" Beling ob.cit.pág. 178.
16. Rodríguez Devesa J.M. ob. cit. pág. 278/79
17. Jiménez de Asúa, Tratado ob. cit. T. III n. 1187.

tizan con la clase magistral sobre "la teoría Jurídica del delito" en 1931 en que se comenta el segundo libro de Beling (1930) y culmina con su obra posterior, así también Arturo Rodríguez Muñoz en la notable traducción del "Tratado de Derecho Penal" de Mezger, cuyas notas conservan una vigencia extraordinaria.

Entre los Italianos merecen citarse a Grispigni que da entrada en su "Tratado" a la teoría de la adecuación al tipo a la que denomina "Tipizitat" (Tipicidad), al tipo legal lo denomina "fattispecie" o dicho en castellano "especie de hecho" (17 bis).

Entre nosotros corresponde a Sebastián Soler el mérito indiscutible de haber traducido al castellano el segundo ensayo de Beling "Die Lehre von Thatbestand" (1930), bajo el nombre de "la teoría del delito-tipo" en 1944 y enseñado por primera vez a sus discípulos de la Universidad de Córdoba con anterioridad (18).

En México Jiménez Huerta, discípulo de Jiménez de Asúa en Madrid, como profesor de la Universidad Autónoma, ha escrito un hondo y accesible libro titulado "La tipicidad" en que dogmatiza sobre la ley mejicana.

## REELABORACION DE LA TEORIA DE BELING

En 1930 el propio Beling altera y espiritualiza algunos de sus primitivos puntos de vista. En efecto, ello se debió a que desde que apareció la doctrina del "thatbestand", tal cual la hemos visto, como un elemento "abstracto, especialmente objetivo y descriptivo", fue objeto de muchas y concienzudas críticas entre ellas las de Sauer, Mayer y Mezger.

Las críticas a la doctrina de Beling consistieron en cuatro objeciones fundamentales:

- 1° Que la misma no contemplaba suficientemente la relación entre la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.
- 2° Otra oposición consistía en que en el proceso de subsumción solo se adecuaba la conducta del autor principal al delito-tipo, ¿dónde quedaban los partícipes?.
- 3° Análogo razonamiento se hacía con la tentativa, ¿dónde quedaba ésta, si la ley solo describía hechos consumados?.
- 4° Por, último objetaban, que los tipos muchas veces no eran meramente descriptivos, sino que se advertía en ellos la existencia de ingredientes normativos o subjetivos.

### 2°: La teoría del "delito-tipo" (imagen rectora):

Todas estas críticas fueron constructivas y dignas de agradecer, dice Jiménez de Asúa, y convencieron a Beling de que debía reelaborar su doctrina, lo

---

17bis. Grispigni, F. "Derecho Penal Italiano", trad. I Debenedetti, Depalma, Bs. As. 1946, Volumen I, Cap. V, 4.

18. Beling E. "La teoría del delito-tipo" Córdoba 1944. (Die Lehre von Thatbestand), también traducido por "El rector de los tipos de delitos" Prieto Castro y Aguirre Cárdenas, Reus Madrid- 1936 o por "La teoría del tipo" o la "Teoría de delitos".

que hizo en su libro "La doctrina del delito-tipo" (1930). Pero incluso la teoría primera no ha sido enmendada suficientemente según el profesor de Madrid, ni por sus críticos, ni por el propio Beling (19).

LA "LA IMAGEN RECTORA". (20) "La especie delictiva" (21) y el "tipo de delito" (22)

La idea medular de Beling es ahora lo que denomina "imagen rectora" del "tipo de delito" (Tipo legal o figura) que hasta entonces no había distinguido conceptualmente, con el objeto de contemplar suficientemente la relación entre la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; además las que luego serían para él formas accesorias de la adecuación; la tentativa, instigación y complicidad. Para lograrlo arranca del concepto de una "especie delictiva" integrada por una cantidad de tipos legales, los que están expresamente previstos en la ley, por ej.: todas las formas del homicidio o del hurto; otras veces se lo deduce precisados o complementados mediante la interpretación como en los casos de la tentativa, la instigación y la complicidad.

Para ello se vale del ingenioso procedimiento de espiritualizar el tipo penal mediante la "imagen rectora" ya no es un tipo concreto "el tipo legal". El leit - bild" como denomina a la "imagen rectora", es una mera representación conceptual, que no puede ser confundida con el tipo de delito que es su representación exterior. "La imagen rectora" es una categoría sin contenido, un concepto puramente funcional, cuyo mérito es el ejercer una función orientadora, es un concepto troncal de ordenación metódica que domina para Beling al Derecho Penal en toda su extensión y profundidad". (Maurach).

Aquí aparece una cuestión muy importante, porque la adecuación de la conducta al tipo, no ha de ser en primer término una adecuación al tipo de delito (a la figura), sino al leitbild (imagen rectora). Beling pretendía al hacer esta construcción, resolver algunos problemas que para el derecho alemán, en su primer teoría, quedaban sin solución. Así el problema de la tentativa, instigación y complicidad, porque es evidente que en su primer doctrina solo contemplaba al autor principal y al acto consumado; en estas formas de cometer el delito quedaban fuera de ella acciones que no eran subsumibles en el tipo. En la tentativa por ejemplo no se llega a matar y sin embargo hay un hecho típico; en la complicidad, el "campana" o "el instigador" no matan materialmente, pero concurren al hecho típico principal, análogamente el instigador.

- 
19. E. Beling en este trabajo, que tiene innegable influencia en el "Derecho Penal Argentino" del prof. Soler", trata de aclarar el problema de la tipicidad con nuevas y plural terminología. Acaso alguna de sus razones son de gran acierto en defensa de la teoría del tipo, pero el uso de nuevas expresiones técnicas embarulla el tema en vez de iluminarle, dice Jiménez de Asúa.
  20. "Leitbild" (alemán) se traduce también por "tipo rector", "figura rectora", "delito tipo", "esquema rector", "cuadro dominante".
  21. "Typen" (Alemán) se traduce por "especie delictiva".
  22. "Deliktypen" (alemán) se traduce por "tipo de delito", "figura delictiva", "tipo legal".



Con su nueva concepción del tipo como imagen rectora en cada especie delictiva, el problema halla solución, pues la acción intentada y la de los cómplices o instigadores entra en el esquema rector. El esquema rector del homicidio sería "matar un hombre", como el del hurto sería "apropiarse ilegítimamente de una cosa mueble ajena", como este es un concepto espiritualizado, el solo hecho de empezar a matar o comenzar a apropiarse como suya una cosa ajena ilegítimamente da nacimiento a un delito; en igual forma el "campana" o el "instigador" en el homicidio o en el hurto concurren a realizar la figura rectora.

Todos estos elementos, empero, se orientan hacia una "imagen rectora" que es lo que Asúa llama en "La Ley y el Delito" "Leitbild". Esta imagen rectora viene a ser el centro adonde concurre toda la especie delictiva, o mejor dicho el núcleo conceptual que funda la unidad de la misma y sin la cual aquellos elementos perderían su sentido, como integrantes de la especie delictiva. Esta imagen unitaria es el alma del tipo y por ello hemos dicho que es una teoría espiritualizada del tipo. Esta "imagen unitaria" informa y preside la creación y la vida de cada "especie delictiva" y representa esquemáticamente su contenido esencial; por ello se la denomina también "tipo rector", "imagen rectora", "figura rectora" "delito tipo".

Si por ejemplo examinamos todos los hurtos que la ley contempla, nos encontramos que todas sus características, tanto objetivas, como internas, están orientadas en la "imagen rectora" (leitbild): la "el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena"; si examinamos todas las formas del homicidio se orientarán hacia la imagen: "matar un hombre". (23).

Vemos que el tipo en esta segunda concepción de Beling no es ya el hecho objetivo abstracto, conceptualmente descrito en la ley en sus elementos materiales, sino un tipo espiritualizado, ideal. La "especie delictiva" esta integrada por los diversos "tipos de delitos" que tienen su propia individualidad y característica como figuras independientes pero para Beling ello no es lo central, lo más importante en esta teoría de la tipicidad es la "imagen rectora", que opera como un "tipus regens", ella preside, norma y centra a la especie delictiva; así por ejemplo en el derecho alemán "la sustracción ilegítima de una cosa mueble ajena" es el concepto espiritualizado de la imagen rectora de todas las formas del hurto. La imagen rectora es para esta doctrina una categoría lógica o concepto funcional, vacío de contenido, que preside toda una especie de delitos. Ese concepto espiritualizado rectora también a la culpabilidad y a la antijuricidad, así en el ejemplo del hurto, el "ánimo lucrandi" a todas las formas de hurto. (23 bis).

a) La "imagen rectora"; el injusto y la culpabilidad: Otro de los motivos determinantes de la doctrina de "imagen rectora" fue el deseo de asegurar la necesaria congruencia entre el tipo ideal, esa "imagen rectora: y el injusto y la culpabilidad: la imagen o esquema rector exige para que los delitos se configuren, un consecuente y concordante "tipo de injusto" y "tipo de culpabili-

---

23. Lo que es legítimo en el Derecho Penal alemán, pero no en el nuestro, en que el "parricidio" es la acción conciente de matar al padre art. 80 inc. 1º C. P.  
23bis. En el Derecho alemán en que el hurto se configura por la "sustracción".

dad", consecuencia que no se deducía como necesidad lógica en su construcción de 1906.

En esa doctrina no existía un vínculo congruente; era suficiente realizar objetivamente el tipo. En el homicidio por ejemplo, no se exigía el dolo de matar y es sabido que se puede llegar al resultado muerte de un hombre, teniendo nada más que el propósito de lesionar; es evidente que con un dolo de lesionar no se puede construir un homicidio. (24).

Con esta teoría podemos distinguir a las lesiones, de la tentativa de homicidio en la cual se causan lesiones, pues solo el tipo de culpabilidad, voluntad de lesionar o propósito de matar, no permitirá construir estas figuras. Debe haber una correlación entre el "esquema rector" y los tipos del injusto y culpabilidad y por ello dice Jiménez de Asúa que con un "typus" de lo injusto: "muerte a un hombre" y con el "typus" de culpabilidad, "dolo de prevaricación" no podemos llegar al homicidio o a la prevaricación, porque es necesario agregarle al "tipo" muerte de un hombre, el "animus de necandi" (25), el propósito de matarlo, para que se configure el homicidio; pues con el "animus nocendi" (26) no puede construirse el homicidio, que es el dolo propio de la prevaricación.

Enseña Jiménez de Asúa, que siempre es necesario que el lado objetivo y subjetivo coincidan en un punto, de tal suerte que tanto aquel como éste (culpabilidad o antijuricidad) esté dominado por el mismo esquema rector (leitbild).

b) La "imagen rectora" como categoría lógica o concepto funcional: Si se desmembra un "deliktstypus" es decir un tipo delito, como por ejemplo puede ser - lo el homicidio con alevosía (art. 80 inc. 2º, C. P.) en que a la muerte de un hombre se suma el dolo con alevosía; se verá que lo que realmente es dominante es la "muerte de un hombre", vale decir el "tatbestand legal", la "imagen rectora" que es el elemento objetivo sustancial para el homicidio. Si a este concepto "muerte de un hombre", lo espiritualizamos, lo abstraemos de acontecimientos reales, nos servirá como una categoría lógica, para presidir todas las formas de homicidio cuando debemos adecuar el acto a una figura determinada, vemos que "la muerte de un hombre" es el primer "constituens", o dicho en castellano "requisito de la figura independiente", aparece así como una categoría lógica.

Se puede hacer una comparación que imagina Jiménez Huerta, la relación que existe entre la pieza de música y el concierto. La creación de la pieza, no es idéntico al concierto, ni siquiera forma parte de él; esta creación, es el pensamiento del compositor y es el programa del concierto. La "imagen rectora (Leitbild), sería la pieza del concierto creada por el compositor, porque ella preside toda la ejecución.

- 
24. Se comprueba con el homicidio preterintencional art. 82 (primera parte) C. P., el que se inicia con un dolo de lesión en cuanto se encausa un daño en el cuerpo o en la salud", pero se imputa el delito de homicidio a título de culpa, porque el medio no debía razonablemente ocasionar la muerte y sólo yace en el autor una representación culposa.
  25. "Animus" "necandi": ánimo de causar la muerte.
  26. "Animus nocendi", ánimo de causar mal.

Se dice además que esa "imágen rectora" es un concepto espiritualizado porque preside a la culpabilidad y la antijuricidad, por ello el dolo de matar y el dolo premeditado de matar, son momentos psíquicos orientados evidentemente hacia la "muerte del hombre" el "ánimo necandi" es indispensable para consumir el homicidio simple o el homicidio alevoso. (27).

a) la "imágen rectora" como categoría lógica aparece vacía de contenido, porque es nada mas que una noción conceptual teórica; las figuras delictivas son las que dan el contenido a este "tipus regens" y a su vez nos hacen intuir a esa imágen rectora.

Este "esquema rector" es un puro concepto funcional y especulativo que solo expresa aquel momento dirigente para la "figura del delito" o "tipo de delito" que nos interesa y que está regulada en la ley. Por ello la "muerte de un hombre" es la imágen rectora de las diversas formas del homicidio, pero no puede serlo para el allanamiento de morada.

La parte especial del Código Penal o del Derecho Penal, puede ser considerada como un repertorio en el que se hallan recogidas las figuras de los diversos delitos (Deliktypen); pero en la Doctrina de Beling, las imágenes rectoras o la "tatbestand legales", no obstante su carácter ideal, forman también un catálogo donde éstas se inscriben y constituyen así un libro de imágenes. Solo el legislador puede sacar o añadir nuevas hojas a este libro o cambiar las figuras de los diversos delitos.

Para poder estructurar la doctrina del "tatbestand legal" o "imágen rectora" es necesario la existencia de una parte especial, basada en el principio "nulla poena sine lege" porque si bien la "imágen rectora" es un concepto básico, que domina a todo el derecho punitivo en su total extensión y profundidad, ella solo puede establecerse referida a figuras de delitos independientes (Deliktypus).

c) Extensión de la teoría de imágen rectora: Hemos dicho que la adecuación de la conducta al tipo, idea ésta ínsita en el concepto de tipicidad, no ha de ser adecuación a un tipo de delito (figura), sino a la imágen rectora que preside la especie delictiva. Así trató de resolver Beling como hemos visto algunos problemas que en la primera formulación de su doctrina quedaban en el vacío, como el de la tentativa, la instigación y la complicidad; habida cuenta que la conducta intentada, la acción de instigar o la de los cómplices, no eran subsumibles en el tipo de delito que solo tenía presente el delito consumado por el autor. Si tomamos por ejemplo el homicidio, la ley dice: "el que matare a otro", de su texto no surge que comprenda al que comienza a matar, al que instiga, ni al que coadyuva a matar mediante auxilio o cooperación.

¿Cómo fué posible justificar el hallazgo de estos dispositivos amplificadores del tipo penal en la tesis de Beling?

a') Tipos autónomos y subordinados: Ello ha sido posible de una clasificación de los tipos delictivos.

---

27. Ello no es legítimo en el derecho penal alemán anterior a 1936, porque el homicidio preter-intencional se excluye por legislarse como "lesión seguida de muerte", por la que se consuma con ánimo lebendi".

Beling divide a los tipos delictivos en autónomos y subordinados, -(los "delikttypen" (28) y los "Leitbilder". (29). - Son autónomos aquellos que rigen por sí mismos su marco penal determinado, y por lo tanto, son cuantitativamente firmes. Son subordinados aquellos que dependiendo de otros, tienen un contenido cuantitativamente indeterminado, variable, y dan lugar a verdaderas figuras delictivas accesorias, a través de las cuales el legislador logra la punibilidad de acciones que integran materialmente el hecho, pero que la figura autónoma por sí sola no los alcanza y por tanto quedarían impunes conforme al tipo delictivo autónomo. Dichas figuras delictivas, subordinadas y accesorias, tienen su apoyo en un tipo delictivo, sin el cual penderían en el aire, y alcanza su significación jurídico penal por la unión a ese tipo delictivo. Esta conjunción puede efectuarse con cualquier especie de tipo autónomo, e incluso a través de otras figuras accesorias.

Las figuras delictivas subordinadas o accesorias (tentativa, instigación y complicidad), se parecen, dice Beling, a un marco móvil que, si bien puede incluir toda clase de cuadros, sin ellos no sería más que un espacio vacío: nunca un cuadro. Pero Jiménez de Asúa dice que "esos" tipos subordinados (Leitbilder), no son independientes, por sí solos son huecos y sólo adquieren relevancia penal al unirse a un tipo autónomo; "comienzo", "auxiliar", son comenzar, determinar, auxiliar respectivamente, por ejemplo, a "la muerte de un hombre" en el homicidio".

Vemos entonces que estos tipos subordinados o accesorios, que norman la tentativa, la instigación y la complicidad, amplían el concepto del tipo delictivo legislado en la parte especial del Código Penal.

De aquí surge la verdadera naturaleza jurídica de los preceptos legales sobre tentativa, instigación y participación contenidos en la parte general del Código Penal (entre nosotros los Títulos VI y VII del Libro Primero), que es la de ser auténticos dispositivos legales amplificadores del tipo penal. Resulta a nuestro juicio, mucho más preciso y correcto considerar así a la tentativa, instigación y la complicidad y no como la hacen Mayer y Mezger que la tratan como simples "causas de extensión de la pena". Si la pena se extiende a otras situaciones, que relacionadas son recogidas en los tipos penales, forzoso es reconocer que los preceptos que tal extensión adquieren son en puridad, auténticos dispositivos amplificadores del tipo; que si así no fueren, caeríamos en la anomalía de extender las penas a situaciones atípicas.

La existencia de estos dispositivos amplificadores del tipo penal, dimana de la técnica legislativa seguida en la confección de la ley. La separación entre tipos delictivos autónomos (delikttypen) y estos dispositivos accesorios amplificadores del tipo (Leitbilder), proviene de que el primer cuidado del legislador es el de delimitar la zona de lo punible, por medio de tipos autónomos legislando de esa manera el caso normal, esto es: sobre la realización íntegra del delito en forma inmediata y personal. -El contenido de un tipo delictivo no puede ser aplicado, en

---

28. "Delikttypen": Se traduce análogamente como "tipo autónomo", "tipo independientes", "tipo de delito": "figura delictiva".

29. "Leitbilder": "tipos subordinados".

ausencia de una expresa previsión, más que a la conducta que consuma el delito, y, por consiguiente, a los sujetos de la misma.

Para ampliar la punición a la tentativa, instigación y complicidad, técnicamente dispusieron los viejos códigos penales, colocar en el catálogo de delitos de la parte especial al lado de cada tipo delictivo, su tentativa, instigación y complicidad, como figuras autónomas, previstas cada una de una pena propia. Pero el legislador ha seguido hoy en todos los países, una ruta distinta: ha legislado sobre la punición de la tentativa, instigación y complicidad, en la parte general, según su valorativa relación con cada concreta figura delictiva. De esta manera logra una simplificación técnica, pues por medio de disposiciones generales, que regulan "en blanco" la punibilidad con arreglo al valor de cada una de estas figuras autónomas, se arbitran las penas correspondientes.

b') Formas subordinadas legisladas como tipos autónomos: El sistema legislativo que acaba de exponerse no es siempre rígidamente seguido, pues el legislador en algunos excepcionales casos, erige, en verdaderos tipos penales, auténticas formas accesorias de conductas, sometiéndolas a una pena propia y cuantitativamente firme; así acontece en nuestro código, en lo que respecta a la tentativa en el art. 104, primera parte, con el disparo de arma de fuego. En el párrafo tercero, la agresión con otra arma no es otra cosa que tentativa de lesiones.

En lo que respecta a la instigación, se sanciona como delito autónomo la instigación del que promoviere la prostitución o corrupción de menores 125 C.P. y mayores de edad 126 C.P. y con respecto a la complicidad en el art. 210 del C.P., cuando el solo hecho de ser miembro de una asociación ilícita lo hace ser acreedor de pena.

#### La funcionalidad de la tipicidad en Beling.

"La tipicidad mirada fundamentalmente en su carácter de figura rectora, dice Nuñez, no limita su función a la adecuación de un hecho real a la figura del hecho legal, sino que representa el eje alrededor del cual funciona la antijuricidad, la culpabilidad, la punibilidad exigida por la imputación jurídica penal y las formas accesorias de la tentativa y del concurso de personas y delitos, en el sentido que todos entroncan en él y se refieren a él. Sólo mediante la función del tipo penal son posibles, ya sea con un procedimiento conciente ó inconciente, estas determinaciones ulteriores o subordinadas" (30).

Desarrollando el pensamiento del profesor de Córdoba, diremos, que la antijuricidad adquiere interés penal cuando la tipicidad las reeleva. Las relaciones entre la tipicidad y la antijuricidad son tan estrechas que sólo es suficiente para aplicar sanciones aquella antijuricidad del acto que es típica porque ya la acción, típica y antijurídica les es atribuible penalmente al sujeto activo y puede determinar una medida de seguridad por ejemplo: la muerte de un hombre causada por un inimputable (art. 71, inc. 1° C.P.) le es atribuible jurídicamente a éste.

Algo semejante cabe decir de la culpabilidad del acto, que requiere una

---

30. Nuñez R. C. "Tratado" ob.cit. T. I. pág. 222.

acción típicamente antijurídica, con que se integra el delito para que sea acreedor a una pena.

Es indudable que todos los preceptos penales que fundamentan la impunidad en orden a una especie delictiva o un grupo de ellas, se conectan a una "imagen rectora", por ejemplo la impunidad de los hurtos o de las defraudaciones o de los daños ocurridos entre parientes, 185 C. P.

Ya hemos destacado su funcionalidad en la tentativa, la instigación y la complicidad.

La tipicidad tiene máxima importancia en el concurso ideal de delitos, cuando el hecho enjuiciado es encuadrable en varios tipos de delitos, que se encuentran unos frente a los otros en una situación de neutralidad armónica, art. 54 C. P.

Es necesario destacar la importancia de la adecuación típica en el llamado "concurso aparente de tipos", aquel en que la conductajurídica objeto de incriminación se presenta, a primera vista, como adecuada a dos o más figuras penales que se excluyen recíprocamente, pues la simultánea aplicación conculcaría los principios lógicos que norman el sistema. Jiménez de Asúa dice que estos problemas quedarían en el aire sino se los refiere a la tipicidad y Soler los trata, consecuentemente con Beling en el capítulo de "la adecuación típica".

Jiménez de Asúa recuerda en "La Ley y el Delito" que Mezger dice en el prólogo a la segunda edición de su Tratado: "La teoría del tipo llega a ser cada vez más la piedra angular de la dogmática penal y el lazo de unión entre la parte general y la parte especial". (30 bis).

Así resulta la tipicidad un concepto troncal penal, del que proceden todos los demás conceptos penales, en el estilo de que sin la tipicidad no pueden producirse resultados penales determinados y definitivos. Esto no es inconveniente para que se separe la parte general de la especial, porque la tipicidad existe genéricamente, alimentada por las especies delictivas legislada en la parte especial.

### III – DESENVOLVIMIENTO ULTERIOR DE LA TIPICIDAD

La teoría de Beling fué vulnerable a la crítica, no obstante resultó triunfante en el Derecho Penal alemán mediante las sucesivas rectificaciones que le impusieron sus continuadores.

Los temas conflictivos fueron desde su primer libro la cerrada concepción analítica del delito, en cuanto sostuvo la independencia de los caracteres que lo integran: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; en segundo, la atribución de una naturaleza objetiva a los dos primeros, considerándola a la tipicidad meramente descriptiva y a la antijuricidad valorativa, reservando para la culpabilidad todo lo subjetivo.

Tanto el criterio de que los caracteres del delito eran independientes, como el que reservaba para la culpabilidad el monopolio de lo subjetivo, considerándose objetivamente a la tipicidad meramente descriptiva y a la antijuricidad valorativa, fueron enmendados por la doctrina de sus críticos con el descubrimiento de los "elementos normativos" y "subjetivos" del tipo. También las relaciones entre

---

30bis. Jiménez de Asúa, L. "La Ley y el delito", ob. cit., Capítulo XXIII, N° 160.

la tipicidad y la antijuricidad sufrieron un cambio, al admitirse por unos el "carácter indiciario" de la primera sobre la segunda, "la anunciaba como el humo al fuego" o al sostenerse por otros, que ambos caracteres se integraban en una unidad gnoseológica porque la tipicidad era la "razón de ser", de la antijuricidad, constituía un "injusto típico".

### 1° - Elementos normativos del tipo:

El esquema de la absoluta separabilidad de la tipicidad y antijuricidad y de que la primera es descriptiva y la segunda valorativa, cede con el descubrimiento de estos elementos de la figura por M. E. Mayer (1915) (31) y tienen un expositor magistral en Mezger (1924). (32)

Mayer afirma que si bien la mayoría de las figuras son descriptivas, hay otras que dan un especial destaque al aspecto normativo, exigiendo la misma una especial valoración que debe hacer el intérprete, y que es terminante para la aplicación de la figura, por ejemplo cuando la ley dice; "ilegalmente" art. 140 "indebidamente" art. 144 bis, etc. (Infra. Clasificación de los delitos por los elementos normativos).

### 2° - Elementos subjetivos del tipo:

El esquema de la absoluta separabilidad de la tipicidad y la culpabilidad cede ante el hallazgo originariamente de éste elemento en el derecho civil alemán por Fischer en 1911, que había observado en el "abuso del derecho", que actos eminentemente legítimos, se transformaban en ilegítimos por la intención que el autor hubiese puesto al ejercerlos. La incorporación de los mismos al Derecho penal se debe a Hegler (1914) y coetáneamente a M. E. Mayer (1915), da cuenta de ello Mezger (1924) a quién se tiene por su principal expositor (33). El distinto nombre se vincula a las respectivas posiciones de Mayer y Mezger sobre el problema de como se relacionan la tipicidad y la antijuricidad, como veremos a continuación.

Se rectifica así el pensamiento Belingiano de que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad, así por ejemplo "el ánimo lascivo" en el ultraje al pudor art. 127, "las miras deshonestas" en el rapto art. 130, el "odio racial o religioso" en el homicidio calificado art. 80 inc. 4 en todos estos tipos lo subjetivo determina la acción (Infra: Clasificación de los delitos por los elementos subjetivos).

### 3° - Relaciones de la tipicidad y la antijuricidad:

Se pretende rectificar el pensamiento de que el tipo es eminentemente descriptivo por M. E. Mayer y E. Mezger.

---

31. Mayer Max Ernesto "Lehrbuch" (Tratado de Derecho Penal").

32. Mezger R. "Tratado de Derecho Penal" ob. cit. T. I, 23 pág. 373 ss. Madrid. 1946.

33. Mexger ob. cit. T. I, parágr. 20 pág. 333 ss.

a') La tipicidad como indicio de la antijuricidad (*ratio cognoscendi*). (34). Jiménez de Asúa recuerda que sin el genial "Tratado de Derecho Penal" de M. E. Mayer, la teoría de la tipicidad hubiera sido olvidada. Max E. Mayer fué un poco más adelante, le asignó a la tipicidad un carácter indiciario de lo injusto, no es ya una mera descripción, sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, pero afirma que el hecho de que una figura sea típica ya es un indicio de antijuricidad, y es por ello que la "*ratio cognoscendi*" la indica como el "humo al fuego"; por ejemplo la muerte de un hombre por otro hombre nos hace imaginar un homicidio. Pero cuando el que mata es el verdugo, no tenemos esa representación imaginativa no obstante haberse cumplido la acción de matar, porque no todo lo típico es necesariamente antijurídico; y no puede ser todo lo típico antijurídico, porque la tipicidad es un elemento puramente formal, establecido en cierto modo en forma empírica, que nada nos dice por sí misma de la naturaleza sustancial de la conducta que describe. Muchos ejemplos pueden darse de hechos típicos que no vulneran el orden jurídico. En el caso del verdugo o del pelotón de fusilamiento, no se viola la ley por quien ejecuta; lejos de ello; la cumple; en situación menos evidente "*prima facie*" en todos aquellos casos en que se obra justificadamente. Pero si bien la tipicidad es un elemento formal, tiene un carácter indiciario de la antijuricidad, la señala como "el humo al fuego", pero no se confunde con ella. La tipicidad no se identifica con la antijuricidad como creyó posteriormente Mezger al considerarla la relación necesaria (35); tampoco es prueba irredarguible de que la antijuricidad exista. Es esta la tesis que acepta Jiménez de Asúa en "La Ley y el Delito".

Reitero aún más estas nociones que deben ser claramente asimiladas. Es evidente que la tipicidad se comprueba mediante una simple comparación entre el hecho y un tipo de delito determinado, para verificar si aquella coincide con la descripción que ésta contiene. No es necesario hacer valoración de ninguna especie, pero "¿porqué esas acciones dan lugar a suponerlas cargadas con un indicio de antijuricidad?", por la sencilla razón de que el legislador ha seleccionado los tipos de delitos que corresponden a aquellas acciones o que ordinariamente cons-

---

34. "*Ratio cognoscendi*": razón de conocer.

35. Quintano Ripollés ratifica este pensamiento con hondura cuando dice "Las relaciones entre la antijuricidad y la tipicidad son insoslayable al menos en una sistemática de acendrado legalismo como la española" y siguiendo a Maurach, destaca como signo a diferenciar: la tipicidad constituiría la previsión abstracta del delito; y la antijuricidad la concreción al caso dado, es decir el delito concreto en que no aparezca justificación alguna. La tipicidad en cuanto definición del delito, constituye sólo una hipótesis, una manifestación de la antijuricidad, en tanto no se destruya con la presencia de causas justificativas. Es la tipicidad manifestación hipotética de la antijuricidad. Siguiendo a Wegner dice que el tipo es la apariencia de lo injusto e indicio de antijuricidad. El papel de la tipicidad como manifestación hipotética de la antijuricidad, es visible en el postero atavio de la doctrina de Beling, recientemente revalorizadas por Rittler. En la "Teoría del delito-tipo" "Beling define la infracción como "acción típicamente antijurídica y culpable", "en tanto no se dan una causa de exclusión de la penalidad", con lo que lo hipotético y condicional de su naturaleza queda plenamente reconocido". Quintano Ripollés, A. "Compendio de Derecho Penal" Madrid 1958 pág. 185/86.



tituyen una lesión o peligro de un bien jurídico de especial valía. Hay que concluir de ello, que esas conductas serán contrarias al derecho y esa es la razón por que la tipicidad nos hace vislumbrar la antijuricidad.

Cuando el legislador pesa las razones que han de moverlo a tipificar una determinada conducta, realiza una evaluación; pero una vez acuñado en la ley el tipo; él solo tiene para el intérprete un carácter descriptivo, ninguna valoración debe hacerse por el encargado de aplicar la ley. El juez simplemente deberá limitarse a comprobar si el acto sometido a su juzgamiento o exámen, encuadra o no en determinado tipo. Y subrayo ésto, el juez comprueba que esa conducta se adecúa a determinado tipo de delito, pero ello no es suficiente para configurar el delito, porque para lograrlo es necesario comprobar que se ha ofendido al orden jurídico, por ello no todo lo típico es antijurídico, el hombre que mata puede obrar en legítima defensa en estado de necesidad o cumplir con la ley, etc.

Ello es así, porque la tipicidad es un carácter meramente formal, establecida en cierto modo en forma empírica, que nada nos dice por si misma de la naturaleza jurídica sustancial del acto o conducta que describe; por ello se dan muchos casos de hechos típicos que no vulneran el orden jurídico, lo que se comprueba cuando la conducta se encuentra justificada.

Para M. E. Mayer la tipicidad tiene un carácter indiciario de la antijuricidad es la "ratio cognocendi", es decir la forma de conocerla y señala la existencia de ella como "el humo al fuego".

b') La tipicidad como relación necesaria (ratio essendi): (36).

Esta concepción opuesta a la de Beling y más extrema que la de M. E. Mayer es sostenida por Edmundo Mezger que la ha desarrollado en el "Tratado de Derecho Penal". La tipicidad es el fundamento real y de validez de la antijuricidad, es la razón de ser o de existencia de ésta; posición que lo lleva a soldar ambos elementos, negando a la tipicidad su concepto de carácter independiente y meramente descriptivo, tratándola por ello conjuntamente con la "antijuricidad". Para Mezger el tipo es el injusto concretamente descrito en la ley, es un tipo del injusto.

Por eso dice Jiménez de Asúa en "La Ley y el Delito", que el delito ya no se construye como acción, típica, antijurídica, culpable, es decir como un conjunto de elementos independientes, sino que constituye para él "una acción típicamente antijurídica y culpable"; el estudio de la tipicidad no se hace en una sección o capítulo especialmente destinado a ello, sino que por el contrario se la incluye en la antijuricidad, tratada primero como "injusto objetivo" y luego como "injusto tipificado".

En la concepción de Mezger, la tipicidad es mucho que un indicio o sea la "ratio essendi" (37)

---

36. "Ratio essendi": "razón de ser", "razón necesaria".

37. Fco. Blasco Fernández de Moreda dice que "es la antijuricidad donde hay que ir a buscar la "ratio essendi" de la tipicidad, ya que si una determinada conducta llega a ser típica en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos como tan gravemente antijurídica, en cuanto es contraria a las normas de cultura en que el Estado encuentra su base jurídico política y conforme a las cuales orienta su función creadora del derecho, que no halla medio más útil el legis-

Crítica: Jiménez de Asúa sostiene que la tipicidad no puede confundirse con la antijuricidad, no es su razón de ser, ni es prueba irredarguible de su existencia, como sucede en los casos del que mata en legítima defensa u obra en estado de necesidad o cumple con la ley; mata; realiza el tipo, pero justificadamente (38).

Para diferenciar a la tipicidad de la antijuricidad es bueno comprobar que mientras que el tipo lo descubrimos por su mera presencia descriptiva, para descubrir la antijuricidad es preciso entrar en una valoración sustancial del acto. Por ejemplo, nuestra ley dice: (art. 34 inc. 3°) "que no es punible el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo", este artículo juega estrictamente como causa justificante cuando se presentan hechos subsumibles en figuras de índole típicas. Esta disposición es una buena demostración, de que los principios jurídicos generales establecidos en la ley, permiten con frecuencia cierta, eliminar el carácter antijurídico e incluso toda responsabilidad penal en conductas o actos típicos, porque es evidente que tras la comprobación de la tipicidad, ha de seguir una etapa indispensable e independiente para la verificación de la antijuricidad; Así el funcionario policial que priva de su libertad a un ciudadano sorprendido "in fraganti" delicto, realiza un acto típico pero no antijurídico, es también lo que ocurre en el caso de un hombre que ha matado a otro, debemos valorar si el acto es ilegítimo, vale decir sino concurre una causa de justificación, como puede ser la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, etc.

En la antijuricidad no nos contentamos con la figura "matar a un hombre" descrita en la ley y adecuada al hecho, nos vamos más allá, debemos hacer una valoración, examinar si el hecho constituye una violación del derecho entendido la totalidad del ordenamiento jurídico (39). "La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que la ley presupone (Soler T.I, pág. 315). Por ejemplo: el comisario que penetra en morada ajena y detiene a un delincuente "infraganti" de robo, no comete delito porque no hace más que realizar el derecho, art. 34 inc. 4° del C.P., no obstante que ha violado domicilio art. 150, porque ha afirmado el deber público que la ley impone art. 34 inc. 4° con lo que vamos claramente que la tipicidad no obstante existir, no es por ello razón de ser de la antijuricidad.

El injusto y lo típico: A la inversa, no todo lo antijurídico es típico. Hemos destacado que el Derecho Penal tiene por objeto solo algunos hechos que contrarían el Derecho, y que las penas por su más íntima naturaleza están sólo reservadas para aquellos hechos que constituyen ataques de especial relieve a los bienes jurídicos fundamentales. No es de extrañar que multitud de conductas contrarias al

---

lador para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende sujeta a sanción". "La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad como característica del delito en su noción técnica jurídica", Criminalia. Año IX N°7 pág. 442.

38. Novoa Monreal, E. "Curso de Derecho Penal Chileno" Santiago de Chile 1960, T. I. N° 200.

39. Gallino Yanzi, C V "La antijuricidad y el secreto profesional" Bs.As 1970, pág. 144 ss.

derecho, antijurídicas, no esten incorporadas al catálogo de delitos; ello lejos de ser una aberración es lógico. No cabe en nuestra mente que todas las infracciones contractuales o los cuasi-delitos o las faltas administrativas se castiguen penalmente; nos parecería hoy inhumana la prisión por deudas; incluso comprobamos que otras acciones que no nos parecen tan lejanas de pretensión punitiva se encuentran en nuestro país sin sanción, tal como el incesto, la inseminación artificial de los humanos contra la voluntad de la mujer o en fraude al esposo, etc. (39 bis).

Puede por ello sostenerse sin dudas que la mayoría de las conductas anti-jurídicas no son típicas, porque el legislador solo ha querido aplicar sanciones tan enérgicas como son las penales, cuando el atentado toca a un bien jurídico particularmente valioso.

Jiménez de Asúa afirma que la tesis de Edmundo Mezger de que "es especial de la antijuricidad la tipificación" lleva inevitablemente a crear antijuricidad penal frente a una antijuricidad general, absolutamente inadmisibles en las condiciones actuales.

Mezger trata de defenderse de las consecuencias a que los lleva su propia doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas no engendran una antijuricidad penal específica. Por mucha que sea su habilidad dialectica, los razonamientos que expone como ya lo hemos demostrado, no son capaces de convencernos.

En resumen: esta tercera tesis que dota a la tipicidad de una relación necesaria con la antijuricidad no la compartimos siguiendo a la mayoría de la doctrina argentina. (40).

#### IV – ORIENTACIONES ACTUALES:

En la llamada "escuela austríaca objetivista" (41) hay un regreso a la concepción objetiva de Beling, sin admitir mezcla alguna con los elementos subjetivos del tipo, entre sus expositores se encuentran Rittler, Kadecke y Nowakowski (42)

Un sector acoge la idea de M. E. Mayer de que la tipicidad sólo se comporta como un valor indiciario de la antijuricidad, la recibe Maurach por ejemplo al admitir la distinción entre tipos cerrados y abiertos en que la antijuricidad se daría sólo en los primeros; porque en los segundos las características del injusto solo están recogidas en ellas parcialmente, debiendo ser complementadas por otros caracteres positivos de la antijuricidad, que se hallan fuera de ella. (43).

39bis. Gallino Yanzi C.V. "La fecundación artificial fraudulenta en los humanos", Jornadas de Derecho Penal (22-27 agosto 1960), Bs. As. 1962, págs. 272/281.

40. Jiménez de Asúa, Fontán Balestra, Soler Nuñez.

41. Rodríguez Devesa J.M. ob.cit. pág. 345.

42. "La tesis de que no hay más que dos posiciones lógicas de construcción de la antijuricidad, la objetiva y la subjetiva, me parece insostenible pues el derecho no es lógica pura y no puede construirse de espaldas a la ley" dice Rodríguez Devesa J.M. ob.cit. T. I, pág. 345.

43. Maurach R. ob. cit. I, paragr. 1 24-I-B. Nosotros no admitimos los tipos abiertos porque encontramos para construirlos un obstáculo constitucional en el art. 18 C.N.

Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz y Blasco Fernández de Moreda adoptan una posición intermedia, los tipos son tipos de concreción de la antijuricidad y fundamento a un tiempo del conocimiento del injusto ("ratio cognocendi"), en esta posición está entre nosotros Fontán Balestra. (44) (45).

En la posición de Mezger en España uno de sus más distinguidos expositores José María Rodríguez Devesa (46) sostiene así; que la tipicidad es un injusto típico ("ratio essendi").

Los finalistas y algunos partidarios de la concepción "social de la acción" como Jeschek incluyen el dolo (como dolus naturalis) al lado de los elementos subjetivos del tipo en los delitos dolosos.

Porque el "finalismo" al insertar en la antijuricidad el "dolo naturalis" se ve en la necesidad de distinguir entre un concepto subjetivo de la antijuricidad para los delitos dolosos y otro objetivo para los delitos culposos consistentes en la infracción "al deber objetivo de cuidado". Por ello se dice que la acción dolosa es "vidente", mientras que la culposa "ciega", "este desdoblamiento es uno de los inconvenientes graves que comporta la construcción finalista, que al atribuir el dolo sólo a la acción injusta, aparece en definitiva como una teoría sobre el injusto" (47).

#### V - FASE DESTRUCTIVA:

La pretensión de excluir de toda limitación al poder punitivo del Estado con la implantación de la analogía por el derecho penal totalitario, fue paralelo con el ocaso de la libertad y la seguridad del hombre frente al Estado. Al adoptarse un sistema opuesto al del tipo, en el que se da importancia sustancial a un concepto material del delito en forma de una cláusula general, dió por el suelo con una de las más caras conquistas del derecho penal liberal.

El Código Penal de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1926 postula así en el art. 6<sup>ta</sup> disposición de que debe considerarse peligrosa socialmente toda acción u omisión, dirigida contra el sistema soviético para la época de tránsito hasta la obtención del orden social comunista. En el mismo sentido el Código Penal de Bulgaria de 1951, art. 2 y el de Checoslovaquia de 1956, art. 2.

La revisión a fondo del Código soviético de 1926 se dispuso por el Soviet Supremo el 25 de diciembre de 1958, orientados por los principios generales a que habrían de someterse las 15 repúblicas integrantes de la U.R.S.S. al reformar sus Códigos penales y de procedimientos, se consagraba entre otros el de

---

44. Jiménez de Asúa L. Tratado ob. cit. 1965. T. III N° 1195. Nosotros seguimos al maestro.

45. Fontán Balestra C. "Derecho Penal Introducción y parte general" Bs. As. 1975 párrafo 19-III-3.

46. Rodríguez Devesa ob. cit. págs. ss.

47. Mezger E. "Derecho Penal" Libro de Estudio Trad. C. Finzi, Bs. As. 1958 (Parte General) párrafo 19.

"legalidad" (48). Además hoy advierte Maurach una reacción en Rusia con la consolidación de la situación política y social y por ende de las leyes autoritarias, en que progresivamente se ha impuesto el deseo de apartarse de las cláusulas generales, como por ejemplo: el art. 6° del Código de 1926, para considerar tan sólo como delitos a los hechos injustos particularmente tipificados en la ley. Sin embargo esas normas generales no resultan desplazadas por el amplio encauzamiento de la jurisprudencia por los organismos políticos, que en la práctica conspiran y tornan ilusorio el principio de legalidad, tal cual la entiende la dogmática en el mundo occidental (49).

En Alemania el derecho penal fué para el nacional-socialismo un medio de opresión política, la función garantizadora de la tipicidad fué abolida, el principio "no hay crimen sin que una ley previa al proceso lo determine", fué suplantado por el "no hay crimen sin pena". La creación general del derecho y la punición de aquellos actos que correspondían al "pensamiento básico de la ley penal" basados en "el sano sentimiento popular", fueron las pautas de que se partió para condenar penalmente a los hombres. El Código Penal Alemán del 28 de junio de 1935 preceptuaba, que se podía llegar a la pena sin abandono del principio "nulla poena sine proevia lege", porque el pensamiento básico de la analogía presupone precisamente el pensamiento básico de una ley ya existente.

Destaca Maurach refiriéndose a este período entre los años 1935 a 1945, que la finalidad perseguida pero no declarada por el régimen de entonces, de conseguir una mayor influencia en la jurisprudencia de los asuntos políticos, fue paliada por el sentido de responsabilidad de la judicatura del Tribunal Supremo y que la inseguridad jurídica fue atemperada por el espíritu conservador de la jurisprudencia en general.

Otra concepción que conspiró contra la tipicidad en el derecho penal alemán fue la consideración totalitaria del delito, al no admitir éste en su estructura tradicional la separación lógica entre acto y autor. Se perimió el concepto de que si bien el autor es el responsable del acto criminal, es la conducta lo que constituye el fundamento jurídico del enjuiciamiento. Cuando el hecho es típicamente antijurídico, recién puede plantearse su culpabilidad al autor, por eso se dice que en el derecho penal liberal no existe culpabilidad sin injusto tipificado, aunque se dan sin embargo antijuricidad sin culpabilidad. Es el caso de un acto típicamente antijurídico cometido por un inimputable, que puede dar lugar a una medida de seguridad en los hechos realizados por menores, dementes, etc.

Este abandono de la posición tradicional del delito fue prolijada en la Alemania Hitleriana por la Escuela de Kiel (1930), llamada así por pertenecer sus principales promotores a la Universidad del mismo nombre, integrada entre otros por Dahm, Kempermann y Schaffstein, (50) se trató de fundamentar el derecho

48. Maurach R. ob. cit. T. I, parg.

49. "Supremo Soviet" "El nuevo principio de Derecho Criminal" Ley 25-XII (traducido del ruso al inglés) en "Current Digest of the Soviet Press", New York, vol. 11 n° 4, págs. 3 ss. Schelessinger "The discussion Criminal Law and procedure" en Soviet studies, Glasgow, 1959, vol. 10, págs. 293 ss.

50. Dentro de ella se movieron según Wolfgang Mitterman: Barth, Boldt, Bruns, Berges, Gallas, Welzel, Siebert y Thierfelden, citados por Rodríguez Devesa ob. cit. p. 279 nota 33.

penal nacional socialista, denigrando en primer término la concepción liberal anterior, imputándole un "insano pensamiento de separación" que tendía a oscurecer la visión de lo que para ellos era esencial: "la personalidad del autor". Así los elementos o caracteres del delito, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, fueron proscriptos, para ser sustituidos por una base esencial del delito, caracterizada por "una lesión del deber del autor".

Para los nazis no existía una infracción al derecho sino una "infracción al deber"; que se nutre en la eticidad, por ello acometieron con una crítica implacable a la noción de bien jurídico, la relación de causalidad, la tipicidad propugnando una consideración totalitaria, concreta del delito, que "constituye un todo orgánico: una especie de bloque monolítico" cuyos componentes no se pueden escindir. Su esencia es la infracción al deber de fidelidad al Estado. El método para captarlo no es "lógico" sino el intuitivo; el tipo legal pasa a segundo plano al emplearse como instrumento de conocimiento la "intuición" por lo que se concede una mayor atención al "autor", la ley es sólo una referencia que deberá ser tenida en cuenta para establecer si el autor es un homicida, lo que vale especialmente es comprobar "si el sujeto reúne aquellas condiciones en que el legislador pensó al tipificar las conductas, si se dá en él aquel "tipo de autor" para el que está prevista la pena señalada en la ley. No debe predominar la letra de la ley, como en la concepción liberal, sino tenerse en cuenta el espíritu del legislador", "el sano sentir del pueblo alemán que este encarna", (en ese momento el pensamiento de Hitler).

La adecuación del acto al tipo y la limitación a la omnipotencia del Estado constituía para los nazi, un producto decadente del pensamiento jurídico liberal, que debía desaparecer como algo totalmente superado.

Sin embargo esta teoría que negaba a la tipicidad, e incluso la distinción entre injusto y culpabilidad, no pudo ofrecer ninguna construcción positiva del concepto del delito dentro del orden jurídico nacional-socialista, en reemplazo de la anterior tan denigrada. Sirvió sí, para fundamentar el llamado "Derecho Penal de Autor" con su construcción total del delito, porque el acto privado de todo valor propio y de sus características constitutivas "debía ser solo considerado como una condición sintomática de una personalidad caracterológicamente desvalorada". De triunfar esta Escuela dice Maurach, abandonando los caracteres tradicionales del delito, hubiera conducido a la primacía de un concepto "ético-social" del mismo, con peligro para la justicia y la seguridad.

El "principio de legalidad socialista" de la zona alemana de ocupación soviética no tiene tampoco parentesco con el principio de legalidad del mundo occidental europeo o americano. Dice Jeschek, en éste territorio. El concepto de legalidad socialista procede de la época del comunismo soviético de guerra, correspondiente a los años 1917 a 1921, en que no significaba otra cosa que ésta: los tribunales populares podían fallar sin leyes formales, tan sólo sobre la base de la conciencia revolucionaria. Cita el profesor de Friburgo a Buchholz catedrático de la Universidad de Humboldt quien declara en la zona ocupada, en su trabajo sobre "Legalidad e igualdad", que "las resoluciones del partido nacen de la comprensión de las necesidades históricas, son su tradición política práctica. Constituyen los fundamentos de nuestra legalidad y nuestras leyes. Por su parte, éstas adoptan en la forma de normas jurídicas estatalmente obligatorias, la legalidad ya reco-

nocidas y elaboradas en las resoluciones del partido. Nuestro derecho socialista es, como instrumento de la clase de los trabajadores totalmente dominante, una expresión específica del real conductor del partido. La voluntad del partido queda fijada en nuestro derecho socialista. En consecuencia, la infracción o el desprecio de nuestra legalidad significa, en última instancia, infracción o desprecio de las resoluciones del partido". "En su época dice Jeschek, fue fundamentada del mismo modo la identificación de la voluntad del Führer con la ley". Desde el punto de vista jurídico puede decirse que la legalidad socialista es la adhesión incondicional al dominio del positivismo, en la forma de las resoluciones del partido comunista, sustraída a toda discusión y fuera de la cual no hay salvación posible". (51).

## VI – CLASIFICACIONES DE LOS DELITOS POR EL TIPO:

La sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica que se recoge en el tipo, modela su estructura o integra sus elementos. No existe una técnica legislativa para tipificar conductas antijurídicas, ya que es forzoso que influya en la redacción, estructura y contenido del tipo, la complejidad del hecho que él pretende captar; no es lo mismo describir el homicidio que es la acción de matar a un hombre en que aparece objetivamente el resultado muerte, que el libramiento de cheque sin previsión de fondos, en que el libramiento o entrega del cheque por cualquier concepto habrá que agregar el acto de no pagarlo dentro de las 24 horas de notificado, lo que supone el rechazo del cheque por el Banco y la noticia al librador art. 302 inc. 1°.

A poco que examinemos los tipos, nos damos cuenta que en su configuración por el legislador entran en juego elementos de diversos alcances. A veces el comportamiento injusto se concreta mediante una mera descripción objetiva, en otras hace el tipo una especial referencia a su valoración normativa; mientras que en otras figuras hay un singular destaque de lo más íntimo que determina al autor, o sea el aspecto subjetivo que domina al mismo.

Otras veces el legislador se vale de expresiones negativas para circunscribir la conducta punible, llamados por ello "elementos negativos del tipo", con lo que se pretende de entrada comprobar si una conducta es o no antijurídica, como cuando la ley emplea las locuciones "fuera de los casos permitidos por la ley" u otras semejantes, o cuando establece una condición objetiva de penalidad que si bien forman parte del tipo, no se hallan unido por una relación de causalidad, como cuando la ley exige en el cheque sin fondos el rechazo bancario y la notificación al librador porque la condición objetiva es el resultado de la acción de otra persona, distinta del autor.

### 4° - 1° - Tipos normales (o de descripción objetiva) (51 bis).

Su redacción responde a una mera descripción objetiva de la acción, por lo

51. Jeschek H.H. "Derecho Penal y su aplicación en la zona alemana de ocupación soviética" Trad. C.A. Finzi. Bs. As. 1967, págs. 33 ss.

51bis. Jiménez de Asúa L. Tratado ... ob. cit. T. III, N° 1201.

que se lo denomina tipos normales de conducta porque en ellos se detallan con máxima objetividad la conducta antijurídica que se escoge.

La mayoría de los tipos de la parte especial del C. Penal son de mera descripción objetiva, y se concretan mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible. Para que la ley penal pueda reputarse correctamente confeccionada -dice Soler- no será bastante que diga "el homicida sufrirá la pena", sino que deberá definir la acción que constituye al sujeto en homicida, mediante la descripción de la acción de matar". Así dice: "El que matare a otro...", art. 79 C. Penal (52).

Los tipos penales describen por lo general conductas de naturaleza externa, que son percibidas y determinadas por el legislador que la redacta en la ley y que a su vez son apreciables por la simple actividad del conocimiento. Así el art. 79, al decir "el que matare a otro" contiene una objetiva descripción de conducta, como el art. 89 cuando dice: "al que causare a otro un daño" en el cuerpo o en la salud que no este previsto en otra disposición de este código"; cuando prescribe "La mujer que cometiere adulterio; 2°) El codeincuente de la mujer; 3°) El marido cuando tuviere manceba; 4°) La manceba del marido" art. 118.

No siempre estas figuras son tan sencillas, y sin embargo son tipos de mera descripción objetiva, por ejemplo la violación del art. 119 en las figuras de los incisos 1° y 2°; en esos casos el tipo no deja de ser objetivo, porque se recojan estados o situaciones anímicas en personas diversas del autor. Los tipos son en estos casos un simple delinear de la conducta, pero se advierten diversas modalidades para constituir el tipo, que no le privan de su sencillez.

Otras veces la conducta es descripta sin hacer relación al resultado externo (delito de pura actividad) por ejemplo: la tenencia de arma de guerra o la tenencia de propaganda subversiva.

La antijuricidad que recoge el tipo es tan evidente, que basta hacer referencia a la conducta o al resultado; la forma como se ejecutaron los hechos, no tiene más que una importancia ocasional, episódica.

### El núcleo del tipo:

La pura descripción objetiva tiene como núcleo determinado un verbo principal en el tipo, por ejemplo: "matar" en el homicidio / 79, "despojar" en la usurpación 130, "desacreditar" o "deshonrar" en la injuria 110 etc.; el verbo reviste la trascendente importancia de encerrar su verdadera esencia es por lo tanto el núcleo del tipo, es el que denota la acción.

"Si nos remontáramos a Beling en 1930, diríamos que es verbo activo el "QUID" en que consiste la imagen o el "esquema rector"; en él se proyecta en forma rectilínea esa "imagen", ese "esquema", aunque el verbo activo indica la esencia del tipo por el contrario toma a veces el color por el medio empleado o la condición del sujeto pasivo. Tal el caso de la violación, en la que al acceso carnal habrá de agregarse la condición o estado de la víctima, art. 119 inc. 1° y 2° o el medio empleado, art. 119 inc. 3° C.P., ya que la conducta en sí misma, tener acceso carnal, no es ilícita".

52. Soler S. T. A. ob cit. T. II, pág. 150 nota 8.



"Este limitado alcance que tiene a veces el núcleo del verbo activo, demuestra como se ha visto, que la llamada "imagen" o "esquema rector" o "tipo rector" o "imagen dominante", no puede desplegar siempre la trascendente misión que le asignó Beling en 1930, toda vez que la imagen que el verbo activo pudiera dejar, la "imagen rectora", es inoperante para estilizar el tipo, el cual, como lo hemos visto en la violación, sólo adquiere carácter y conceptual presencia cuando se toma en cuenta circunstancias personales del sujeto pasivo, o específicos "modos de realizar el verbo".

Ya hemos hecho referencia a que en estos tipos de mera descripción objetiva, que no dejan de serlo por tener las referencias o modalidades que hemos descrito, la función del intérprete es sencilla, le bastará con la tarea cognoscitiva de comparación entre la conducta y la figura. Comprobado el hecho, el mismo se subsume en el tipo penal.

A esos tipos de mera descripción objetiva se llama también normales, por creer que la función de la ley en la parte especial es dibujar simplemente conductas desprovistas de toda valoración o intención. Así se atribuye a impaciencia del legislador la construcción de tipos anormales con elementos distintos, en que los mismos ya no se limitan a describir sino que unas veces se hace penetrar un juicio valorativo de antijuricidad dentro de la descripción típica y otras se hace alusión en el tipo a situaciones o estados psíquicos del delincuente.

En el primer caso tenemos los elementos normativos del tipo y en el segundo los subjetivos del tipo.

## 2° - Tipos anormales

### a) Los elementos normativos.

Jiménez de Asúa destaca en "La Ley y el Delito" (53) cuando se ocupa de la naturaleza de los elementos subjetivos y normativos, que no reina paz entre los penalistas para admitir a éstos. Así Beling en 1930 y hoy "escuela austríaca objetivista" han negado su existencia y han dicho que solo hay tipos de mera descripción objetiva o descriptivos (Supra: "Nuevas orientaciones"). Para Beling los conceptos valorativos que contienen los tipos penales se presentan sólo como materia de reglamentación, por ende no tienen naturaleza normativa.

Lo cierto es que el legislador se vale para construir los tipos de toda clase de elementos recurriendo a veces a otras normas jurídicas como cuando dice: "inmueble" 181; "cosa mueble ajena" 162 en que tanto la ajenidad como el concepto de cosa mueble surge del derecho civil, a veces recurre a todo el ordenamiento jurídico cuando dice: "apoderarse ilegítimamente" porque el juez tendrá que valorar si el acto es realmente injusto 162; otras las conforma la ley de acuerdo a la experiencia, como cuando dice: "ponga en peligro la seguridad" 190, 190 bis, otras acudirá a las normas de cultura para establecer concepto de "mujer honesta" 120, etc.

Para Beling estas expresiones jurídicas despliegan tan sólo una función des-

---

53. Jiménez de Asúa L. "La Ley y el Delito" Caracas-Venezuela. 1945. Cap. XXIV. n° 168 b)

criptiva y nada anticipa sobre la antijuricidad. Niega Beling los elementos normativos, de igual modo que a los subjetivos, pues para él no son más que frases que se refieren a la descripción.

#### Simple conceptos normativos y puros elementos normativos:

No obstante los esfuerzos realizados por Beling según enseña Jiménez de Asúa para demostrar que no habían más que tipos de mera descripción objetiva, o descriptivos, sus razonamientos se estrellaron contra un fino discurrir de sus adversarios, que si bien admiten que es cierto que a veces los conceptos jurídicos contenidos en los tipos aparecen sólo como objeto de reglamentación jurídica, no valorando definitivamente al hecho, tal algunos ejemplos que ya hemos dado como "cosa mueble" en el hurto 162, "el funcionario" que incomunicare del 143 inc. 3º; el juez se limitará a una simple comprobación, por eso decimos que en esos casos la ley solo describe; cuando ella fuerza a valorar es cuando exige por ejemplo en el hurto que el "apoderamiento sea ilegítimo" o en abuso de funciones que se "incomunique indebidamente". (54)

Ellos nos demuestra que los tipos contienen no sólo descripciones, sino verdaderos conceptos jurídicos que exigen una especial valoración, puros elementos normativos, ante los cuales el intérprete debe desenvolver además una actividad cognoscitiva o de comprobación, "realizando una valoración que implica un juicio sobre la antijuricidad del hecho" (55), así por ejemplo nuestra ley emplea las palabras "ilegalmente" 141, 145, 249, "habitual" 175 bis. "habitualmente" 208 inc. 1º "contraria a la ley" 269, "indebidamente" 143 incs. 2º y 3º nº 153, 155, 223, "ilegítimamente" 162 "sin las formalidades prescriptas por la ley" 151, "sin causa justificada" 250, "ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo" 175 bis, etc. Es lógico comprobar que la adecuación del hecho a la figura solo puede lograrse mediante estas valoraciones de la norma que se interpreta.

Esta posición que admite a los tipos con elementos normativos y también subjetivos, fué aceptada por Edmundo Mezger, quién coincide con Erik Wolff en que todos los conceptos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos y, por lo tanto, conceptos valorativos tipificados de acuerdo con sus fines. Pero Mezger cree que por razones de política, es necesario destacar dentro de lo posible y del modo más claro, los elementos descriptivos de los tipos penales, para apartar al intérprete de un exceso de valoraciones con una escuela de indeterminación y subjetivismo a menudo peligroso (56).

Bettioli ha destacado que la presencia de elementos normativos amplía considerablemente los poderes discrecionales del juez; Jiménez de Asúa explica que ello sucede cuando en lugar de "tipos rígidos" de fisonomía naturalística" se introducen "tipos clásicos" impregnados de elementos normativos; por ello, en

---

54. Jiménez de Asúa "La Ley y el Delito" ob. cit. Cap. XXIV- 168 c)

55. Nuñez, R.C. "Manual" ob. cit. pág. 163.

56. Mezger, E. "Tratado" ob. cit. T. I, p. 374.

salvaguarda del derecho penal liberal, éstos deben ser concebidos restrictivamente por los magistrados.

Mezger ha determinado con la mayor precisión los elementos normativos del tipo penal, y son para él de pura índole normativa, los que exigen una valoración "jurídica" o "cultural".

Entre los que fuerzan a una "valoración jurídica" se encuentran aquellos que contienen términos, como lo que hemos dado antes, y que caracterizan a los puros elementos normativos, como por ej.: ilegítimo, ilegal, causa justificada, etc., pero Mezger va más allá cuando incluye a la "cosa mueble o inmueble", y que para otros son simple conceptos normativos, definidas en otras leyes.

Son elementos de valoración cultural aquellos en los que el proceso valorativo ha de realizarse con arreglo a determinadas normas de cultura o concepciones vigentes, que no pertenecen a la esfera misma del derecho, tal por ejemplo: "la deshonra o descrédito" del 110; "mujer honesta" 120 y "actos obscenos" 129.

A veces las normas o criterios surgen de la experiencia "hubiere puesto en peligro la vida", 90 "abusase de su ciencia o arte" 86 o "peligro de muerte" 186 inc. 1° bis.

Jiménez Huerta es el que centra la cuestión en sus precisos términos (57). Para él los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales son aquellos que están cargados de desvalor jurídico y en los que resaltan por ello la antijuricidad de la conducta. Siempre el tipo contiene una especial alusión a la antijuricidad de la conducta que describe, encierra una referencia al mundo normativo en que la antijuricidad halla fundamento, o adelantan sobre la consideración de la antijuricidad al establecer un juicio de valor sobre la antijuricidad del acto. Implican por tanto, verdaderos elementos normativos los siguientes términos incrustados en las diversas figuras que describe la ley argentina y a las que hemos hecho referencia, como: "indebidamente", "ilegítimamente", "ilegalmente" "habitual", "sin causa justificada", "contrario a la ley" "amenaza injustas", "sin las formalidades prescriptas por la ley", etc. conciben en esta forma los elementos normativo Mayer, Jiménez de Asúa, Bettiol, Manzini, Bataglini, Carrancá Trujillo, etc.

Es fácil advertir que estos elementos, lo que hacen es delimitar una antijuricidad preexistente; se nos objetará que si la antijuricidad estaba allí no habría porque destacarla; pero en la vida del derecho al asunto no es tan sencillo enseña Jiménez de Asúa, porque los principios más lógicos y puros se doblegan ante la necesidad de la técnica legislativa, la que debe tener en cuenta las necesidades de la experiencia.

Existen conductas que son difíciles de describir si no se hacen referencia a estos elementos normativos; así sería confuso para la generalidad del pueblo que la figura solo describa, veámos por ejemplo en el delito de "denegación de auxilio" 250 del C. P.: "el jefe o agente de la fuerza pública que rehusare, omitiere o retardare, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente", debe rematarse su actitud homisiva con la frase "sin causa justificada".

Así la privación de la libertad requiere que esta sea "ilegítima" 141. No se

---

57. Jiménez Huerta ob. cit. pág. 79/86

olvide que el pueblo es el destinatario de las leyes penales y que por sobre la lógica está siempre la claridad conceptual que la ley debe tener; por otra parte, los elementos normativos son llamados de atención al juez penal a quien se le advierte de una manera especial, a diferencia de otros tipos, que debe afirmarse concretamente la antijuricidad de la conducta, para que el acto realmente constituya delito.

**b) Los elementos subjetivos: (58). (59).**

El legislador al construir ciertos tipos hace una especial referencia a la finalidad o estado psíquico del autor, se exige un específico modo de ser o estar del coeficiente psicológico, vale decir que el delito depende de un determinado estado de conciencia del autor; así por ejemplo no cualquier abuso configura el "abuso deshonesto" del art. 127, se requiere un acto libidinoso vinculado a lo erótico sexual, una intención lasciva; por ello la simple palpación del médico no es delito.

Se ve así claro, que hechos que objetivamente no interesan al derecho penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia, así por ejemplo, el rapto requiere siempre la "mira deshonesto" 130, el "daño" la intención de dañar" art. 183.

La figura delictiva puede mencionar expresa o implícitamente un elemento subjetivo, una veces hay una referencia directa, como cuando en el parricidio, filicidio o uxoricidio exige que el autor sepa que es su padre, su hermano o cónyuge, art. 80 inc. 1°, en los matrimonios ilegales, que el Oficial Público los autorice "a sabiendas", art. 136 del C.P.; en la extorsión, mediante la sustracción de cadáveres, se requiere que sea "para hacerse pagar la devolución", art. 171; en el prevaricato del auxiliar de justicia, que "perjudique deliberadamente la causa que le estuviere confiada", art. 271; en el matrimonio ilegal, cuando a "sabiendas" conocen que existe impedimento que cause la nulidad absoluta, art. 134 como el que "sabiendo" que existe tal impedimento ocultare esa circunstancia al otro contrayente, art. 135 inc. 1°; o en la prostitución de una persona sin distinción de sexo, en que se exige el "ánimo de lucro o satisfacer deseos ajenos" art. 126; también en la usura, cuando dice: "la misma pena será aplicable al que "a sabiendas", adquiere, transfiere o hiciera valer un crédito usurario", art. 175 bis 2da. parte; en la privación de la libertad con "fines religiosos o sociales o de venganza", art. 142, inc. 1°; o el "propósito de someterle ilegítimamente al poder de otro", art. 145; o el "ánimo de dañar" en el 183, etc.

---

58. Mezger E. "Tratado": ob. cit. T.I, pág. 333 ss. y 373.

59. Correspondió a Ricardo Nuñez el mérito de iniciar la investigación en nuestro derecho en 1943, con su ensayo: "Los elementos subjetivos del tipo penal", Bs. As. 1943. Afirma hoy, que tanto el criterio de considerarlos "elementos subjetivos del tipo" o "elementos subjetivos del injusto" no aporta en lo que atañe a la relación del tipo con la culpabilidad; que es lo que fundamentalmente interesa establecer. Siguiendo a Finzi dice: "que aquí y en Italia cuando se habla de intenciones, se habla de dolo específico". Manual ob. cit. pág. 160/61.

Tratándose de intenciones, el elemento subjetivo no siempre está expresado en el tipo, sino que puede estar implícito en el concepto típico, con la intención que supone, por ejemplo: "menospreciare", 221 bis; "indujere" 148; "apoderarse", 162; "sustrajere" Ley 13944 art. 1°; "dañare", 183, etc. (60).

#### Clasificación de los delitos por los elementos subjetivos del tipo:

Mezger en el derecho alemán ha sistematizado a los tipos conforme a sus elementos subjetivos del injusto y se ha ocupado de los elementos subjetivos referentes al autor, clasificando a los delitos en la siguiente forma: "intención", "tendencia" y "expresión" (61).

No obstante esta autorizada clasificación, se orienta la doctrina a confundir en una sola categoría a los delitos de intención y de tendencia, lo que se comprueba en la obra de Jiménez de Asúa (62), en este sentido dice el maestro español: "Que en los delitos de tendencia en el sentido más amplio pueden incluirse los de "intención"; "mientras que Nuñez se atiene al "ánimo del autor", "saber", "motivo", "sentimiento, "estado afectivo", etc. dentro de la concepción del dolo específico (63).

Siguiendo al sistema de Mezger, conceptualizamos en que consiste la intención, la tendencia y la expresión, pues ello hará más comprensible el estudio ulterior de la parte especial del Código Penal en cuanto se refiere a los delitos en particular: "en la intención hay" una determinación de voluntad en orden a un fin", un ánimo, un propósito determinado; en los delitos de "tendencia", el ánimo es tendente, tiende, se encamina, dirige o refiere hacia algún fin; en los "delitos de expresión" se exige una contradicción entre lo que el autor especifica o declara y lo que realmente sabe.

a) Como hemos explicado en los delitos de "intención" propiamente dicho, yace un ánimo, o un propósito determinado, que denota una determinación de la voluntad en orden a un fin inmediato, por ejemplo: el hecho de "apoderarse" da el matiz psicológico al hurto art. 162; así el que "deshonrarse o desacreditarse" en la injuria art. 110; "ofendiere el honor o el decoro" en el desacato art. 144; el "daño" en el daño intencional art. 183; en el "parricidio, filicidio, conyugicidio", es necesario saber que se mata al padre, al hijo o al cónyuge, art. 80 inc. 1°.

Pertencen a esta categoría los delitos de "intención ulterior" en ellos el acto voluntario de las gentes se propone conseguir un fin lejano, estos a su vez se dividen en tres grupos:

a') delitos que con el primer acto intencional ya se cumple el propósito, por ejemplo: en el infanticidio la muerte del hijo naciente por la madre "para evitar su deshonra", art. 81 inc. 2°; "inducir a una potencia extranjera a hacer la gue-

---

60. Nuñez "Manual" ob. cit. pág. 162.

61. Mezger E.: "Tratado" ob. cit. T. I, pág. 343 ss.

62. Siguiendo a Zimmerl, Jiménez de Asúa L. "Tratado" ob. cit. T. III, N° 1233.

63. Nuñez "Manual" ob. cit. pág. 161/62.

rra contra la república", 215 inc. 2° en la traición a la Nación; "proponiéndose" un interés pecuniario en el duelo, art. 100; "dirigir o someter total o parcialmente a la Nación, art. 215 inc. 1° en la traición a la Nación; "el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos" promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores 125; también el 126; las "miras deshonestas en el rapto" 130, etc.

b') Delitos de resultado cortado, "creados desde el punto de vista político criminal con el propósito de trasladar el centro de gravedad de las defensas frente al infractor a una etapa anterior a la del ataque" (64) Así por ejemplo, la ley no espera que se pague el rescate en el secuestro extorsivo 170, ni el enriquecimiento en la etapa 172, ni en la sustracción de cadáveres que se pague la devolución 171, ni que se perjudique realmente el esfuerzo bélico 225 última parte, en todos los casos la ley se detiene antes del resultado esperado para configurar la acción típica.

c') Delitos mutilados en dos actos, en que el fin que el ánimo persigue precisa de un nuevo acontecer, el autor hace algo como un medio de provocar un acto posterior, por ejemplo el que mata "por precio o promesa remuneratoria" art. 80 inc. 3°; "para consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito" 80 inc. 7°, "procurarse informaciones secretas" en los delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación, 22 (65).

b) En los delitos de tendencia el ánimo es tendente, se dirige, se encamina o se refiere a un fin, la acción aparece como una tendencia subjetiva del autor que la ley exige este presente para que el delito se configure, por ejemplo: no toda palpación de los órganos genitales de la mujer configura un buso deshonesto, 127, este requiere especial ánimo lascivo en el autor, por ello Jeschek le llama "delitos de tendencia interna intensificada" (66). Estos delitos no solo se refieren a lo sexual o lascivo, en otros supuestos exige una tendencia o inclinación al lucro como la corrupción o la prostitución 125 y 126, otras veces "fines ideológicos, religiosos o raciales" en la privación de la libertad 142 inc. 1°; o "que el hecho se perpetrare para incorporarlo a una organización subversiva" 142 bis, 145; en otros "motivaciones o finalidades subversivas" 213 párrafo 3°; también los denominados delitos de "hábito" como "cuando dependiere física o psíquicamente de estupefacientes" art. 9 Ley 20.771; "habitualmente" 208 inc. 1° en el ejercicio ilegal de la medicina; o para "favorecer deseos de terceros" 125 y 126.

c) En los llamados delitos de expresión la acción se pone de manifiesto como tentativa de un estado anímico, interno y psíquico del autor así por ejemplo la acción requiere que exista una contradicción entre lo que sabe el sujeto y lo que manifiesta, tal el falso testimonio, 275, que es la falta de concordancia entre lo que el testigo falso cree saber y lo que declara.

Dentro del derecho alemán se encuentra legislado este tipo en el juramento

---

64. Jiménez de Asúa L. "Tratado..." ob. cit. T. III, N° 1231.

65. Rodríguez Devesa J.M. ob. cit. T.I., pág. 344.

66. Jeschek H.H. Lerhbuch pág. 238 ss. citado por Rodríguez Devesa.

de convicción (parágrafo 153 Código Penal), que se refiere al hecho de que el autor haya prestado una declaración falsa sobre su intención al realizar un negocio jurídico. Si no se compara el suceso externo con su aspecto psíquico no se puede juzgar terminantemente acerca de la tipicidad y la antijuricidad.

Según Jiménez de Asúa podría servir de ejemplo en la legislación argentina, la falsa denuncia 276 ter. (67), la que trata de establecer si el autor ha deducido una denuncia verdadera o falsa y de comprobar su estado anímico de poner en movimiento la justicia.

Para nosotros hay un claro delito de expresión en el art. 300, en cuanto el ejecutivo publica o autoriza un balance u otro informe falso o incompleto, también lo hay en el art. 298 2da, parte (decreto Ley 6601/63 art. 3°) en "quienes expidan, acepten o endosen facturas conformadas las que no correspondan total o parcialmente a la compra realizada". En ellos existe una contradicción entre lo que el autor sabe y lo que expresa.

Estas infracciones han sido negadas por James Goldschmidt; sin embargo Hegler y Kern le conceden especial importancia, para Jiménez de Asúa es un dudoso grupo de infracciones (68).

## VII – CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS FUERA DEL AUTOR

Esta clasificación que tan esquemáticamente cita Jiménez de Asúa en "La Ley y el Delito" se refiere a elementos subjetivos del injusto de muy diversa índole de los que hasta aquí hemos visto y que por ello merecen un desarrollo más amplio. En ellas ya no se tiene en cuenta el "animus" del agente, ese factor espiritual que acompaña al tipo y que hemos esclarecido en cuanto a su relación con la culpabilidad (69). Lo que ahora va a servirnos de base para la clasificación de los tipos conforme a su interno elemento subjetivo, se halla fuera del autor y opera en el sujeto pasivo o en el ánimo de los terceros. Esta clasificación ofrece dos subgrupos (70).

a) Los delitos de impresión: se requiere un determinado impacto psicológico sobre la víctima. Hay delitos en que se confunde la inteligencia del sujeto pasivo, así la usura en "que se aprovecha la necesidad, la ligereza, la inexperiencia de una persona, en que se hace dar o prometer, en cualquier forma para sí o para otros..." art. 175 bis; la estafa mediante el ardid o engaño, art. 172; hay otros en que la voluntad se fuerza, como en la extorsión del art. 168: al que obligara a otro a entregar mediante intimidación y coacción al sujeto pasivo" y hay por fin delitos de sentimiento, como en la seducción dolosa del estupro, art. 120.

---

67. Jiménez de Asúa "Tratado" ob. cit. T. III, N°1223 in fine.

68. Kern E. "Delitos de expresión" Trad. C.A Finzi. Bs.As. 1967 da a los delitos de expresión una mayor latitud como "delitos cometidos mediante una declaración provista de contenido intelectual" pág. 22, a la que opone los delitos materiales a los que se conceptualiza como delito" que no tienen contenido material, pág. 26.

69. Jiménez de Asúa L. "La Ley y ..." ob. cit. Cap. XXIV n°1706.

70. Jiménez de Asúa L. "Tratado", ob. cit. T. III, n°1234.

b) Delitos en el sentido objetivo: en los cuales la intención se dirige a terceros y, por lo mismo, el sentido del tipo no lo da el autor o la víctima, sino que surge de la acción, por ejemplo: la apología del crimen 213, la instigación a cometer delito 209, la intimidación pública 211, etc.

## VIII – LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO

Enseña Rodríguez Devesa que el tema constituye una de las zonas polémicas en la literatura jurídico penal. La circunstancia que el legislador se valga a veces de expresiones negativa para circunscribir la conducta incriminada por ejem. "El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización" 302 inc. 4°; "el agente de la fuerza pública que rehusare, omitieron o retardare sin causa justificada, la prestación del auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente" 250, el funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio, sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina, C.P. 151.

"La discusión versa sobre si a de entenderse vinculado al tipo, como elemento negativo, la ausencia de aquellos que sirven de base a las causas de justificación. Si se entiende así habría que considerar *verbi gracia*, que el tipo del homicidio no consiste en matar a otro, sino en matar a otro en una situación que no este justificada" (71).

Este criterio cuya polémica se inicia con Beling gana adeptos en la doctrina alemana dentro de los que parten de la concepción mezgeriana de un "tipo del injusto", en que estos elementos negativos, sirven para demostrar la falta de los hechos que fundamentan la ausencia de la antijuricidad y sirven para delimitar el injusto punible.

Los que niegan que los elementos negativos integren el tipo, sostienen que las causas de justificación requieren que el tipo las preceda y una especial valoración de la conducta descrita. Pertenecen a la antijuricidad en cuanto el delito es una "acción típica y antijurídica"; por lo que no es legítimo incluirlo en la teoría del tipo.

## IX – SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO EN EL TIPO:

En general puede ser sujeto activo de un delito cualquier persona pero en determinados delitos la ley delimita los mismos, así en los llamados "delitos propios o especiales" y en los "delitos de propia mano".

Los delitos "propios o especiales" (*delicta propria*) (72) se caracterizan porque la ley determina a las personas que puedan cometerlos, así por ejemplo: "el funcionario público" en el peculado propio o impropio 260 y 261; "el hijo" en el parricidio, "el padre" en el filicidio, "cónyuge" en el conyugicidio, 80 inc. 1°; "el prestamista o comisionista usurario profesional" 175 bis; "el comerciante" en

---

71. Véase Rodríguez Devesa J.M. ob. cit. 352/53, que explica los razonamientos in extenso.

72. Mezger E. "Tratado..." ob. cit. T. I, págs. 282, 286, 290, 307, 333, 368.



la quiebra fraudulenta 176; "el empresario o constructor" o "el vendedor de materiales de construcciones" que cometan en la ejecución de la obra o en la entrega de materiales fraude capaz de poner en peligro a la seguridad de personas o bienes del Estado" 174 inc. 4°.

Se llaman delitos "de propia mano" a aquellos que no admiten autoría mediata, es decir no pueden realizarse por otra persona como instrumento del autor para la comisión del delito, por ejemplo: en el falso testimonio 275, la violación 119, el estupro 120, adulterio 118, etc. (73).

Los delitos "de propia mano" no deben ser confundidos con los delitos "especiales". En el primero el círculo de personas que pueden ser autores es ilimitado, pero nadie puede servirse de otra persona para cometerlo, es decir un menor, un demente, o quien obre mediante coacción o error supuestos éstos de la autoría mediata, en el segundo, el círculo de personas que pueden cometerlo es limitado por ejemplo: funcionario, comerciante, padre, hijo o cónyuge, prestamista, etc. pero éstos pueden servirse de otras personas como instrumentos para cometerlos, por ejemplo: el funcionario que manda al niño a que sustraiga el dinero de la caja cuya custodia le ha sido confiada por la ley o el padre que impulsa a matar al demente a su propio hijo o el prestamista que coacciona al esposo mediante un riesgo inminente para que la esposa se comprometa en un préstamo usurario.

Puede ocurrir que un delito "especial" lo sea también de "propia mano" como el adulterio, sólo puede cometerlo el marido o la esposa. (74).

Otras veces hay en el delito una clara referencia al sujeto pasivo, por ejemplo: "la víctima menor de doce años" ó "privada de razón o sentido", 119, inc. 1° y 2°; en la violación; "la mujer honesta" 120 en el estupro; "administración pública", en la usurpación. art. 181 bis, inc. 1°, etc.

#### X – LA ESPECIFICACION DE LOS TIPOS POR EL OBJETO, TIEMPO, LUGAR, OCASION Y MEDIOS

Los tipos en su composición requieren a veces un determinado objeto material, por ejemplo: "cosa mueble" en el hurto, "inmueble" en la usurpación 181, "un cadáver" en la extorsión necrófila 171, "bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear" en la tenencia de explosivos, 189 bis; otras se hace especial referencia al tiempo, así cuando dice: "el argentino que se uniere a sus enemigos prestándole ayuda o socorro", 214 en la traición a la Nación, supone un tiempo de guerra; en el cohecho se exige "mientras permanezca en el ejercicio del cargo", 259; en algunas el lugar donde se comete la acción es la circunstancia determinante, por ejemplo: las exhibiciones obscenas requieren "sitio público o abierto o expuesto al público", 129; en la violación de domicilio "morada o negocio ajena, en sus dependencias o recinto habitado", 150; en el hurto de vehículos "que se encuentra dejado en la vía pública o en lugares de acceso al público", 163 inc. 6°; la ocasión da también lugar a la composición del tipo, por

---

73. Mezger E. "Tratado..." ob. cit. págs. 285/86.

74. Mezger E. "Tratado..." ob. cit. T. II, págs. 282 ss.

ejemplo: "el que causare estrago por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe de un edificio o por cualquier otro medio poderoso de destrucción, art. 187; el que incitare a otro a no cumplir el servicio militar" 221 ter.; "el que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave", 190; también se recurre a los medios por ejemplo "fuerza o intimidación", 119 inc.3° en la violación, la "organización mediante células" en la asociación ilícita calificada, 210 bis.

## XI – ESTRUCTURA DE LOS TIPOS

-Los tipos se dividen por su mayor o menor complejidad en simples y compuestos, según estén integrados por uno o varios actos.

El tipo simple es el formado por una sola acción, puede presentarse como una acción propiamente dicha o una omisión. Los delitos de acción se clasifican en delitos de simple actividad o de resultado (75), por ejemplo: la asociación ilícita es un delito de pura actividad, 210 1ra. parte, el homicidio un delito de resultado, 79; como delito de omisión podemos ver el abandono del hijo 107.1ra.parte

En cuanto al tiempo de su consumación los delitos pueden presentarse como instantáneos, permanentes o continuos. En realidad esta clasificación no condiciona el tipo, es decir el acto descrito en la ley, sino la naturaleza del bien jurídico protegido, por lo que sistemáticamente ella pertenece a la antijuricidad, entendiendo al delito como una acción típicamente antijurídica.

El delito instantáneo es aquel en que "la acción se extingue en un sólo momento, es decir coincide con la consumación" (76), por ejemplo: el homicidio, 79, el hurto 162, la violación 119, la estafa 172. El homicidio se consuma en el instante en que la vida se pierde, el hurto en el momento en que se apodera de la cosa mueble 162, la violación en cuanto se accede carnalmente 119.

El delito permanente o continuo surge de la interpretación de la última parte del art. 63 C.P., el autor crea un estado antijurídico que perdura en el tiempo, el delito continua consumándose mientras no cese, o se lo haga cesar por la víctima, el autor o un tercero. (77).

Se distingue el "delito continuado" del "delito permanente" o "continuo" en que en el segundo hay una acción que se prolonga en el tiempo indefinidamente, por ejemplo, el rapto 130, la usurpación de mando 234, el secuestro extorsivo 170; mientras que en el "continuado" hay pluralidad de acciones y violaciones del bien jurídico, cada una de las cuales tiene la característica de un delito perfecto y sería un delito perfecto si la ley no lo ligare con el vínculo de la intención común, por ejemplo: el robo del collar, sustrayendo sucesivamente cada una de las perlas.

---

75. Los delitos de acción, omisión y comisión por omisión, así como los delitos de simple actividad y de resultado pertenecen al carácter del acto (Acción).

76. Maggiore Tratado de Derecho Penal T. I. pág. 295.

77. Mezger E. "Derecho Penal" (Libro de estudio) Trad. C.A. Finzi parágr. 35, VI, 2 b, 97.

Se distingue del "habitual" en que la ley requiere el hábito o profesionalidad como en la usura art. 175 bis, última parte; el ejercicio ilegal de la medicina 208, inc. 1°.

Esta clasificación de los delitos en instantáneos y permanentes o continuos, tiene importancia en los problemas que plantea la participación criminal y para esclarecer el comienzo de la prescripción de la acción penal.

**a) Tipos básicos o fundamentales, especiales y complementarios:**

Los tipos simples se clasifican también en las tres formas del título.

El tipo básico constituye al decir de Mezger "la espina dorsal del sistema de clasificación de delitos" que a continuación se explicita, están formados por una sola acción que basta para integrar el delito, por ejemplo, el homicidio 79, la injuria 110, el hurto 162, etc.

Junto a los tipos básicos aparecen los tipos especiales o los complementarios, tiene de común una acción igual a la básica pero se comportan de diversa manera. El tipo especial al crear una figura autónoma desplaza al tipo general, agregándole alguna particularidad, así por ejemplo: el parricidio excluye al homicidio simple, porque no es la simple muerte de un hombre, es la muerte del padre sabiendo que lo es; en el infanticidio también a la muerte del hombre substituye la del hijo;...en el aborto la muerte del no naciente, del feto. Arts. 79 en relación al 80 inc. 1°, 81 inc. 2 y 85. El tipo complementario lejos de excluirlo al tipo básico, lo presupone y le agrega alguna circunstancia, por ejemplo: el homicidio con emoción violenta presupone un homicidio al que se le agrega un estado psíquico, algo análogo ocurre con el homicidio por placer, codicia, precio, odio racial o religioso, en que se le agrega una intención, o una intención ulterior o una tendencia 80 inc. 4°.

**b) Tipos agravados y privilegiados:**

Los delitos especiales y complementarios se dividen a su vez en calificados o cualificados y privilegiados o atenuados. Son delitos especiales calificados o cualificados por eje, el parricidio, el filicidio, el conyugicidio 80 inc. 1° y privilegiados o atenuados el infanticidio 81 inc. 2, y el aborto 85. Son delitos complementarios calificados o cualificados por ejm.: el homicidio con esañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso art. 80 inc. 2° y privilegiado atenuado el homicidio con emoción violenta 81, inc. 1°, el homicidio en riña 95.

## XII.— TIPOS COMPUESTOS

Al contrario de los tipos simples, los tipos compuestos son aquellos integrados por varios actos del autor, por ejem.: el pago de cheques sin provisión de fondos del art. 302 inc. 1° requiere en el sujeto activo el libramiento y la omisión última de abonarlo; la recepción en el encubrimiento 278 párrafo 2° exige una actividad habitual, así como en el ejercicio ilegítimos de la medicina.

Corresponde a esta clasificación los delitos llamados "mutilados en dos actos" Supra Véase clasificación por los elementos subjetivos.

**a) Tipos complejos (78)**

---

78. No debe confundirse los dos tipos a que Nuñez llama de "ofensa simple" y de "ofensa compleja", véase Nuñez "Manual..." ob. cit. pág. 167. pues esta clasificación se

Son los formados por la unión de dos tipos de delitos, que se integran plenamente y pasan a formar parte de un todo, con sus elementos objetivos y subjetivos, por ejem. el latrocinio que se integra con el robo y el homicidio 165, el homicidio preterintencional las lesiones dolosas con el homicidio culposo 82, el robo del 166 inc. 1° en que se suma el hurto 162, la "fuerza en las cosas" propia del daño intencional 183.

**b) Delitos acumulativos y mixtos**

Por la forma en que el legislador redacta los tipos conminados en un artículo bajo una misma sanción puede dar lugar a tipos simples cuya estructura ya hemos visto y a los tipos compuestos denominados acumulativos mixtos.

Los tipos acumulativos son aquellos que describen dos o más conductas, que concurren conjuntamente para que pueda integrarse la figura, por ejemplo: en la quiebra fraudulenta es necesario que "el comerciante hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia" 177; en el daño intencional se requiere que el daño recaiga "sobre cosas que forman parte de la instalación de un servicio público y estén libradas a la confianza pública" 184 inc. 3°, en los delitos contra la seguridad de los medios de transportes, que "el hecho fuere la causa inmediata de la muerte o lesiones gravísimas de alguna persona y se hubiere realizado con fines subversivos" 190 párrafo 4°.

Generalmente como hemos visto en los ejemplos anteriores concurre la conjunción "y" que los une, pero hay otros tipos menos frecuentes que prescinden de ella, lo que fuerza a descubrir a la construcción gramatical copulativa, se puede citar como ejemplo al art. 153 in fine, en cuanto supone el apoderamiento indebido de una carta y su posterior publicación o comunicación, en la violación de secretos y en el pago de cheques sin previsión de fondos, es necesario no solamente dar el cheque al tomador, sin fondos ni autorización expresa para girar en descubierto, sino además no pagarlo dentro de las 24 horas de comunicado la falta de pago 302; estos tipos como vemos son ejemplos típicos de "delitos compuestos en varios actos" Supra véase "Delitos en varios actos".

**c) La Ley penal mixta:**

Una misma sanción en un artículo del Código puede reunir en una unidad externa a varios delitos, es lo que se llama la ley penal mixta, gramaticalmente se expresa dicho carácter con la conjunción "o" que aparece en el texto del precepto o de los preceptos. Los artículos así redactados demandan una labor de interpretación precisa para determinar si la conjunción "o" juega realmente un papel disyuntivo o copulativo.

Se denomina ley penal mixta alternativa cuando los supuestos del precepto son de igual valor y enunciados en forma casuística carecen de propia independencia y por ello son permutables entre sí, al legislador le es indiferente por ejemplo que concurren cualquiera de los supuestos de la estafa, 172, para que ella se configure independientemente o que concurren varios, es decir que haya solo ardid o que haya engaño y ardid. La pluralidad de adecuaciones no suman al

---

refiere a la lesión o peligro de los bienes jurídicos, es decir a aspectos que integran la antijuricidad a nuestro juicio. Las categorías del texto se refieren a la forma de composición e integración del tipo.

delito otros delitos. Es suficiente que se hurte con violencia o intimidación para que haya robo, la violencia sumada a la intimidación no aumenta los delitos, así también en la quiebra fraudulenta es suficiente "simular o suponer deuda" 176 inc. 1°.

Se llama ley penal mixta acumulativa a aquella que la "o" liga varias formas independientes de ejecución del delito no permutables entre sí, que aparecen como autónomas, y por lo tanto no susceptibles de ser afirmadas en el proceso en forma alternativa (79) por ejemplo en el Código cuando la ley dice "facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad" 125, mayores 126, debe entenderse que quien trata de prostituir y además corromper, ha cometido dos delitos que pueden jugar en concurso ideal o material 54 y 55 (80).

En contra Nuñez dice que es un delito con pluralidad de hipótesis alternativa, cuya consecuencia no multiplica el delito. (81).

Nuñez da un ejemplo elocuente, "Las acciones de abrir una carta y desviarla de su destino prevista en el art. 153, a pesar de que, con arreglo a la ley, ambas ofenden los secretos ajenos, no sólo son distintas porque constituyen comportamientos diferentes sino que mientras una tiene por efecto que el autor se entere del contenido de la carta o que pueda hacerlo, la otra priva a su destinatario de ella. Se trata, en realidad, de dos tipos distintos, cuya realización en un mismo contexto puede configurar un concurso real de delitos o un delito continuado de acuerdo a la circunstancia del caso" (82).

### XIII – FUNCION DE LA TIPICIDAD

a) En su tarea de acuñar tipos, el legislador escoge a aquellas conductas ilícitas que constituyen los más graves atentados a los más fundamentales bienes jurídicos, con lo que expresa el criterio que inspira a aquél en su política criminal. Por ello decimos que el Derecho Penal es un sistema discontinuo de ilícitos.

b) La tipicidad es expresión y garantía del principio de reserva "nullum crimen, nulla poena sine lege". Es necesario que los delitos se acuñen en tipos cerrados y no en disposiciones abiertas, ésta forma de legislar es propia de los regímenes liberales y consagra nuestra propia Constitución Nacional en su art.18 Los tipos genéricos abiertos conspiran contra el principio de libertad que garantiza el "nullum crimen sine lege proevia".

---

79. Mezger E. "Tratado..." ob. cit. T. I, págs. 380 ss.

80. Porque la prostitución es el "tráfico sexual habitual por precio" y la corrupción es la depravación o lujuria de la conducta sexual, así se puede mercar con el cuerpo, pero no ser corrupta. A la corrupción se llega, ya sea por la precocidad del trato sexual, la excesividad del mismo o la perversión de los actos sexuales. Se puede ser corrupta y fiel esposa, mientras que la prostitución exige la repetición de actos sexuales con distintas personas por precio.

81. Nuñez R. C. "Manual de Derecho Penal (Parte Especial)" pág. 137.

82. Nuñez R. C. "Manual..." (Parte General) ob. cit. pág. 169.

c) Así también en la aplicación del Derecho, garantiza la fijeza, homogeneidad, imparcialidad y justicia del mismo; es a su vez presupuesto de seguridad jurídica, porque indica a los ciudadanos, en un cuadro vivo y claro, lo que no deben hacer y como serán tratados en casos de infracción.

d) Jiménez de Asúa recuerda que Mezger ha reconocido en el prólogo de su "Tratado" que la teoría del tipo llega a ser, cada vez más, la "piedra angular de la dogmática jurídico-penal" y el lazo de unión de la parte general y especial. Pero Erick Wolf ha ido más allá ensayando un bosquejo de una parte general de la parte especial, basada en la estructura de los tipos penales.

e) Ya hemos visto que el tipo indica el injusto en el proceso fáctico, como el humo al fuego y es por ello la "ratio cognoscendi" del mismo; a su vez la tipicidad delimita a la antijuricidad; pero la antijuricidad es la razón de ser o de existir de la tipicidad si se la ve desde el punto de vista de su origen (Blasco Fernández de Moreda).

f) No vamos a repetir a Jiménez de Asúa cuando señala el valor que la tipicidad puede tener en el derecho consuetudinario y en la analogía ya enseñada por Beling. La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son caracteres funcionales que integran el todo sincrético; ellas son capaces de ser distinguidas separadamente por el análisis, ya que cada una posee función propia en la diversidad armónica del conjunto. La función de la tipicidad es meramente descriptiva. El tipo delimita el injusto y lo indica.

g) La tipicidad concebida como descripción objetiva y mero indicio de antijuricidad tiene gran valor en el Derecho Procesal, en el período de instrucción del proceso. De acuerdo a los principios liberales, dice Caamaño Rosas, el Juez no podrá actuar sino cuando el hecho sea presumiblemente típico; en su tarea de averiguarlo no podrá valorar de entrada si el hecho es antijurídico o no, culpable o no y se limitará a comprobar que el hecho es típico. En general el auto de procesamiento se limitará "prima facie" a dar por probada la adecuación del hecho al tipo, y desde el punto de vista procesal a comprobar la existencia de la semi-plena prueba. (83).

#### XIV – LA AUSENCIA DE TIPICIDAD

A cada característica o elemento del delito corresponde un aspecto negativo, por consecuencia a la tipicidad, la ausencia de tipo.

Quando el tipo falta o no se configura con todas sus modalidades, no hay delito. Ello surge del principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso", vale decir el "NULLUM CRIMEN SINE PROEVA LEGE PENALE". Nótese que no decimos que lo atípico sea zona de libertad, sino que no hay delito criminal, en consecuencia responsabilidad criminal. Pueden sin embargo darse actos antijurídicos que no estuvieron tipificados como delitos, tal por ejemplo dejar de pagar una deuda; es lógico que no pueda responsabilizarse penalmente al autor, porque ya hace mucho tiempo nuestro de-

---

83. Caamaño Rosa A "Derecho Penal" Montevideo -1957 pág. 89.

recho abolió la prisión por deudas, pero sin embargo es evidente que el acreedor pueda constreñirlo civilmente a pagarla (84).

Puede además ocurrir que la ley no omita determinadas conductas, pero exija, sí, ciertos elementos o circunstancias para que la conducta pueda subsumirse en el tipo. Es indispensable que la descripción coincida con el acto en sujeto activo o pasivo, así por ejemplo, si el que da un destino distinto a los fondos públicos no es funcionario, no habrá malversación, art. 120; si la víctima no fuere mujer honesta no existe estupro, art. 120; si el bien no fuera inmueble no configura usurpación, art. 181, etc. Si no se aprovecha la necesidad, ligereza o inexperiencia de una persona, no cabe la usura, 175 bis.

El Código Penal no ha estampado un principio análogo al de otros códigos extranjeros sobre la no imponibilidad del acto atípico, por entender que legislado en nuestra constitución Nacional como garantía de la libertad individual resultaba innecesario. Para nuestro orden jurídico no caben amenazas penales indeterminadas, tampoco tipos genéricos; lo que al prescindir del verbo definitorio falsean la propia estructura del tipo, hace peligrar la libertad y conspiran contra las garantías consagradas. Por ello Jiménez de Asúa enseña "La Constitución no sólo consagra en el artículo 18 los dogmas "nullum crimen sine lege, nemo iudex sine lege y nemo damnatur nisi per legale iudicium", sino que entroniza en el siguiente, el principio de reserva con todas sus importantes y saludables consecuencias". Dice el art. 18: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..." Y el art. 19 establece: "Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". A todo espíritu liberal ha de sonar gratamente, el empaque y solemnidad con que se ha formulado el principio de reserva, y que con igual pompa subraya la Corte Suprema. Es un principio de Derecho que todo hombre se reputa bueno mientras no se pruebe lo contrario (85) (Sentencia de 24 de agosto de 1871, Fallos tomo X, pág. 338).

---

84. Existe una tendencia a volver a ella en materia impositiva.

85. C.S.N. Sentencia 24 de agosto de 1871. Fallos T X, págs. 338 ss.