

ERNST von BELING
Profesor que fué en la Universidad de Munich

LA DOCTRINA DEL DELITO - TIPO

Traducción del alemán por el
Dr. SEBASTIAN SOLER
Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Córdoba



EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES

1944

LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO

Desde la aparición de mi obra "Doctrina del delito" (1906), el "delito-tipo (Tatbestand) abstracto, especial y objetivo" o, más brevemente, el delito-tipo jurídico penal (*straf-gesetzliche Tatbestand*) ha sido objeto de muchas y profundas investigaciones. El primer problema que se plantea es el de establecer la relación que media entre la adecuación de un hecho al delito-tipo (*Tatbestandsmässigkeit*) y la antijuridicidad. Vinculándose con esto vienen luego los problemas que suscita, por una parte, el incluir ese principio de adecuación en la definición del delito y, por la otra, el de los elementos "normativo" y "subjetivo" del delito-tipo. Toda esa literatura (1) es rica en sugerencias, dignas de agradecimiento, y me he convencido de que mi doctrina del delito-tipo tal como la expuse por primera vez en la citada obra, contiene aún deficiencias. Pero hasta ahora, por parte de otros no se ha determinado de modo suficiente y patente el punto en el cual esa doctrina tiene que corregirse. Para ello es necesaria una más afinada distinción del delito-tipo con relación a la "figura de delito" y, en consecuencia, una aclaración del papel que desempeña la "adecuación al delito-tipo", por una parte, con relación al delito-tipo

¹ Destaco: BAUMGARTEN, *Aufbau der Verbrechenslehre*, 1913; Gf. DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand*, 1910; FINGER, *GS*, 97, 383; FRANK, *Einleitende Bestimmungen III*; FREUDENTHAL, *ZStW*, 48, 1; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926; HEGLER, *ZStW.*, 36, 19; v. LISZT-SCHMIDT *passim*; M. E. MAYER, *Allgem. Teil des Strafrechts*, 1915; MEZZER, *GS*, 89, 184; *el mismo*, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926; MITTERMAIER *ZStW.*, 44, 2; NAGLER, *Binding-Festschrift*, 2, 273; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921; *el mismo*, *ZStW.*, 36, 460; WOLTER *ZStW.*, 48, 32; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928; *el mismo*, *GS.*, 98, 387.

mismo y, por la otra, con relación a la "tipicidad". Si logramos aclarar en qué sentido el delito-tipo puede servirnos de ayuda y en qué sentido no, habremos proyectado nueva luz en los problemas tratados con preferencia por la más moderna literatura.

I. Empecemos por la "*figura delictiva*". No hay duda alguna, en presencia del § 2 del Código Penal (art. 116 de la Constitución) que, según nuestro actual derecho positivo, la conducta culpablemente antijurídica es sólo punible en la medida y extensión de las penas legales. Estas amenazas penales influyen de tal modo en la definición del delito, que solamente los tipos de conducta abarcados por ella caen en lo punible y, por otra parte, toda conducta de ese modo típica es sólo y precisamente punible de conformidad a la pena correspondiente al tipo correlativo. La "tipicidad" es una característica esencial del delito.

Las figuras de delito se inscriben en el vasto dominio de la conducta culpable y antijurídica; yacen por entero dentro de él y destacan sólo determinadas *species* del mismo. Por su contenido ellas son, en primer lugar, tipos de ilicitud (Unrecht) (acciones antijurídicas de cualquier clase). Estos tipos de ilicitud se tornan figuras de delito por agregación de los requisitos que la correspondiente prescripción penal presupone con respecto a la dirección específica de la culpabilidad.

Una división de las figuras delictivas de significado fundamental surge de que el legislador se sirve, en parte, de penas que calcula perfectamente ajustadas al tipo que deben comprender y, en parte, de penas que calcula variables, las que buscan contacto con los tipos de la primera clase y que asumen magnitudes distintas según el caso. La primera clase de esas penas caracteriza sistemáticamente la "parte especial" del Derecho penal,

con sus clases y subclases de delitos; los tipos son aquí autónomos, *sui generis*, en el sentido de que de cada tipo una línea recta conduce a su pena². Las otras prescripciones penales llevan también a una conducta "típica" contenida dentro de lo ilícito culpable, pero de tal modo, sin embargo, que desde ellas ninguna línea recta conduce a la pena aplicable, a la cual se alcanza sólo después de un rodeo sobre una y otra de las penas cuantitativamente firmes y sobre el tipo abrazado por ellas. Eso da lugar a las "formas accesorias" ("Erscheinungsformen"), como figuras no autónomas de delito, tipos de carácter accesorio, típicas figuras secundarias, inútiles por sí mismas, utilizables solo conjuntamente con un tipo autónomo.

Toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos —*lo atípico*— para el jurista significa una acción *no punible*; y viceversa, acción *típica* significa acción *digna* de pena según la medida de las penas correspondiente y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad.

Para el legislador, naturalmente, el acuñamiento de las figuras delictivas no significa ningún juego de capricho. Por ese medio realiza una doble valoración: separa lo ilícito culpable para establecer si es *tan* culpable y antijurídico que deba o no ser punible y, por otra parte, establece una escala de valores, en el dominio de lo típico, en figura de tipos. Las figuras de delito son cuadros normativos, tan normativos como la ilicitud y la culpabilidad en cuyo círculo se encuentran.

II. Toda figura delictiva representa un todo compuesto de distintos elementos. Por muchos y variados

² Que las figuras "autónomas" en este sentido pueden no serlo desde otros puntos de vista (especialidad, subsidiariedad, etc.) es una cuestión aparte.

que sean esos elementos, sin embargo, ellos remiten de las figuras autónomas de delito, que de inmediato se presenten ², a un cuadro conceptual que funda la *unidad de esta figura delictiva*, cuadro sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como características de esta figura. Este cuadro es el delito-tipo para esta figura delictiva.

Esto requiere más minuciosas explicaciones.

1° *Exempla docet*. Tomemos el tipo “hurto”. Encontramos que todas sus características, así objetivas como subjetivas, se orientan hacia el esquema (*Leitbild*) “substracción de una cosa mueble ajena”. Para que exista un hurto, es necesario que esa substracción de una cosa mueble ajena 1°, se cometa; 2° que esté abarcada por el dolo del autor; y que, además, 3°, reúna el carácter típico suplementario “fin de apropiación” precisamente con respecto a la cosa ajena sustraída. Así, el concepto “substracción de una cosa mueble ajena” domina todos los caracteres típicos del hurto; éstos se relacionan con él de distinto modo; pero es por él que queda constituida la homogeneidad de esos elementos dentro del tipo. Del mismo modo, para el tipo “lesión seguida de muerte” es fundamental la figura “daño en el cuerpo o en la salud”, y ella debe 1°, haberse cometido; 2°, apoyada en el dolo del autor, y de ello, 3°, haber sobrevenido la muerte. Y así puede ensayarse con cualquier figura delictiva: todas se afinan conforme a un tono fundamental, el cual resuena de una u otra manera en las características del tipo.

En primer lugar, es esa forma básica o esquema (*Leitbild*) lo que indica, en general, que un tipo de ilicitud y un tipo de culpabilidad juntos, pueden constituir *esta* figura de delito. Con el tipo de ilicitud “muerte

² Sobre las formas secundarias, ver más abajo, II, 5.

de un hombre” y el tipo de culpabilidad “intención de interpretar parcialmente la ley”, no alcanzaríamos las figuras delictivas “asesinato” o “prevaricato”. La faz objetiva y la subjetiva deben siempre coincidir de modo que tanto aquélla como ésta (dolo, culpa) sean regidas por un idéntico esquema. Solo el matar realmente a un hombre y la intención dirigida a la muerte de un hombre hacen posible que surja la especie delictiva “asesinato”. Es posible y frecuente que, con tal integración, la correspondiente especie delictiva se nos dé ya acabadamente (así en la “caza no autorizada”, en el “secuestro de personas”, en el “daño”, en el “homicidio culposo”). Pero también es posible que una figura de delito requiera aún una característica puramente externa, a la cual no sea necesario que corresponda nada subjetivo (concurso en bancarrota, la consecuencia de la muerte en las lesiones seguidas de muerte), o bien algo puramente interno, a lo cual no sea preciso que corresponda algo exterior (delitos intencionales, premeditación en el asesinato). Estos elementos, sin embargo, se presentan siempre como simples aditamentos, cuya inclusión en la correspondiente figura delictiva puede resultar inteligible sólo por la relación de aquéllos con el esquema dominante.

2º Este esquema es el delito-tipo⁴. Es cierto que cada uno de éstos representa, a su vez, un “tipo”: el tipo “causar la muerte de un hombre”, el tipo “stracción de una cosa mueble ajena”, etc. Pero debemos cuidarnos de identificar estos tipos —puramente “definitorios” (“Tatbestandlichen”)— con las figuras de delito. Tan lejos están de ser idénticos con éstas que no debe considerárselos ni como partes integrantes de ellas. Son más bien imágenes representativas que proceden lógica-

Sobre la cuestión del nombre, ver más abajo, IV.

mente a las correspondientes figuras de delito, pero que sólo son *regulativa* e intelectualmente condicionantes.

Si fraccionamos una figura delictiva en los elementos que la constituyen, parece que el primero de esos elementos es precisamente el delito-tipo propio de esa figura. Se dice, por ejemplo: el asesinato consiste en “matar a un hombre” con intención y premeditación; y bien, “matar a un hombre” es precisamente ya el delito-tipo, el cual aquí, bajo el nombre de delito-tipo objetivo, parece ser un elemento del concepto de asesinato. Sin embargo, aquí se desliza una inexactitud, consistente, dicho brevemente, en confundir una representación conceptual con su realización exterior. Es cierto que el cuadro representativo “matar a un hombre”, se extrae de hechos reales que a ello corresponden; pero, una vez abstraído, se independiza lógicamente de tal modo, que no sólo es algo distinto de los hechos en él subsumibles, sino que conserva su contenido aun cuando se declare inexistente el hecho. Aquel primer elemento del concepto de asesinato, no es, por lo tanto, el “matar a un hombre”, sino la *acción productiva* de la muerte de un hombre. Dicho de otro modo: el primer *constituens* de la figura (autónoma) de delito no es el delito-tipo, sino la *adecuación de la acción* al delito-tipo. Por el delito-tipo la figura delictiva sólo es regulada. Comparativamente se puede recordar (*cum grano salis*) la relación entre trozo musical y concierto. La ejecución de una composición no sólo no puede identificarse con concierto, sino que ni siquiera es una “parte constitutiva” de concierto; es una creación conceptual del compositor que viene a integrar el programa para el concierto.

Aun es más visible la simple *referencia* (no adecuación) al delito-tipo (*Tatbestandsbezogenheit*) en las demás características de la figura delictiva: la intención

de matar y el premeditar la muerte no son "matar a un hombre", sino momentos psíquicos orientados a ello.

Si bien es pues lícito decir que los tipos definitorios (tatbestandlichen) son típicos para las correspondientes figuras delictivas, sin embargo, alineándose éstas, con todas sus características, como sobre un hilo ante aquéllos, el delito-tipo permanece siempre como el simple esquema *rector* para las figuras delictivas, cuyas características (incluyendo la cumplida realización del delito-tipo) colocan prácticamente al esquema desnudo en relaciones especiales.

3º "El" delito-tipo jurídico penal, siendo una especie de categoría, es *sin contenido*; no determina por sí mismo sus contenidos. Los centenares de *contenidos* que tienen especial función definitoria, más brevemente, los "tipos regentes" (die Tātbestände), no se deducen de su mismo concepto. Se deducen más bien de las figuras delictivas, de las cuales se llega *inductivamente*, al esquema adecuado.

Dicho de otro modo: el delito-tipo es un puro concepto funcional. Sólo expresa el elemento orientante para una figura dada de delito. De esto se deduce que no hay ningún delito-tipo "en sí". Todos ellos son relativos en cuanto a su contenido y representan un delito-tipo sólo en cada caso para la figura de delito regulada por él. El "matar a un hombre" es típico para el asesinato; pero no lo es para la violación de domicilio.

Este carácter funcional y relativo del delito-tipo, la dependencia de todo contenido suyo de una determinada figura de delito trae consigo cuatro especies de consecuencias.

En primer lugar, que no existe ningún modo de conducta humana de la cual el jurista pueda decir *a priori* que sea un delito-tipo del derecho vigente.

En segundo lugar, la posibilidad de que una forma de comportarse que se tiene como concepto típico (Tatbestand) de una figura delictiva, puede ser también relevante para otra figura, pero para ésta desempeña otra función. Así, causar la muerte de un hombre es relevante tanto para el asesinato como para las lesiones seguidas de muerte; ambas figuras delictivas lo requieren; pero sólo para aquélla es el esquema común para la faz objetiva y la faz subjetiva. Para ésta, en cambio, las faces objetiva y subjetiva en conjunto sólo se relacionan a "malos tratos o daños en la salud", y la muerte subsiguiente sólo es un elemento agregado a la faz objetiva.

En tercer lugar, se abre la posibilidad de que diversas figuras de delito correspondan exactamente al mismo esquema, ello es, a un idéntico delito-tipo y sus diferencias sólo arraiguen en que el uno requiera un dolo y el otro una imprudencia dirigidos al correspondiente esquema; o bien que aun mediando identidad, se separen las figuras por características que aunque se incluyan en la ejecución dolosa (o culposa) del delito-tipo, por sí mismas sólo constituyen agregados objetivos a la ejecución del delito-tipo (lesiones seguidas de muerte con relación a lesiones simples) o, finalmente, sólo agregados subjetivos al dolo o a la culpa (homicidio doloso con premeditación, el mismo sin premeditación).

Finalmente, el esquema extraído de una figura de delito y el que recibe el material de otra, pueden presentar rasgos comunes y ofrecérsenos como un cuadro representativo ya más amplio, ya más estricto (delito-tipo del hurto, delito-tipo del hurto con fractura).

Desde este punto de vista se destaca claramente el alcance que tiene el § 59 del C. P. y el que no tiene. Podrá parecer que ello nos enreda en un *circulus vitiosus*. ¿Por qué no corresponde la muerte al delito-tipo en el

§ 226 del C. P. ? Respuesta: porque en éste la inculpación no necesita llegar hasta allí. ¿Por qué no necesita la inculpación llegar hasta allí? Porque la muerte no pertenece al delito-tipo. En verdad, el § 59 sólo expresa que para cada clase de delito hay un esquema común tanto para el aspecto objeto como para el subjetivo⁵ y remite así sólo al *concepto* de delito-tipo. No contesta la cuestión relativa al *contenido* de éste para las distintas clases de delitos. Esta cuestión logra su respuesta en la interpretación de los párrafos eventualmente pertinentes de la parte especial. (El § 59 nada tiene que hacer con el problema de saber cómo se constituye, *en general*, la culpabilidad y, dentro de ésta, el dolo y la imprudencia; sólo significa que para la construcción de una clase de delitos se requiere una culpa o un dolo *específicos*, es decir, una culpa o un dolo, que se dirijan al mismo esquema rector que corresponde a la faz externa⁶).

4º Puede concebirse la parte especial del Derecho penal como una especie de catálogo en el cual las figuras de delito se encuentran alineadas. Pero también los delito-tipos entran en un catálogo, o, por mejor decir, en un libro de imágenes en el cual el “matar a un hombre”, el “apoderamiento de una cosa mueble ajena”, etc., están esquemática y estilizadamente representados. Si se quiere adelantar en las especulaciones jurídicopenales debe hojearse ante todo este libro de

⁵ Además, cosa que aquí no interesa, la regulación del modo y manera en que lo subjetivo del autor se debe relacionar con el delito-tipo (“circunstancias de hecho que”, etc.).

⁶ Por eso el § 59 no suministra elemento alguno para la negación de la conciencia de la antijuridicidad como requisito del dolo, sino que, por el contrario, requiere ser completado por la aclaración del concepto de dolo, pues, si así no fuera, se tornar a un concepto ininteligiblemente formalista. Parece indudable que el dolo, como grado más grave de la culpabilidad, sólo se hace inteligible cuando se concibe a la conciencia de la antijuridicidad como su característica esencial.

imágenes. Sólo el legislador puede añadir hojas nuevas al libro, cambiar los dibujos, quitar las láminas.

La tarea del jurista, naturalmente, es la de entender y manejar bien las imágenes. Así pueden también tener valor heurístico algunos esquemas que, sin ser delito-tipos, podrían serlo.

5° Hasta aquí se ha mostrado que el delito-tipo, para las figuras autónomas de delito de que se trata en cada caso, tiene el significado de un esquema regulador. Sin embargo, con ello no se agota su trascendencia. El delito-tipo es, aparte de eso, un concepto fundamental que domina al Derecho penal en toda su extensión y profundidad. Esto resulta del hecho de que sin referencia a una figura autónoma de delito, toda disquisición jurídico-penal cae en el vacío (con la supresión de toda la "parte especial" del Derecho penal, no habría más Derecho penal, presuponiendo, naturalmente, el mantenimiento del principio "*nulla pœna sine lege*") porque esas figuras de delito, a su vez, nos remiten precisamente a los delito-tipos.

Ya para las formas delictivas no independientes, las "figuras accesorias" (arriba, pág. 4-5) es imposible prescindir mentalmente del concepto tipificante. Ciertamente es que aquéllas tienen, desde luego, su propio esquema: para la forma "tentativa", el "principio de ejecución"; para la "instigación", el "determinar a otro"; para la "complicidad", el "prestar ayuda con consejos y hechos". Ciertamente es también que, como en las figuras autónomas de delito, todas las notas que determinan el carácter del delito se orientan hacia ese esquema (la realización del comienzo de ejecución, etc., la intención dirigida a ello). Pero, estos esquemas son tan poco independientes como las mismas formas accesorias. Por sí solas son vacíos y sólo cobran valor jurídico penal en unión con un delito-tipo. "Comenzar",

“determinar”, “auxiliar” son comenzar, determinar, auxiliar ya sea a “causar la muerte”, a “substraer una cosa mueble ajena”, etc., según el caso. También las formas accesorias son, pues, necesariamente *referidas* a un delito-tipo. Los esquemas existentes bajo la forma de delito-tipos son regulativos también para aquéllas, sólo que ellas no requieren, como las figuras autónomas de delito, una acción *adecuada* al delito-tipo, es decir, no requieren la realización del delito-tipo; su simple referencia a éste es más bien de otra clase, según la medida de su propio esquema.

Claro está que se tornarían también sin sentido, desligándolas del correspondiente delito-tipo, todas aquellas disposiciones penales que fundamentan la impunidad para una clase o un grupo de delitos, a pesar de darse la figura de delito (impunidad del hurto entre cónyuges, del incendio en caso de arrepentimiento activo).

Hasta ciertos concepto generales como “autor” y “coautor”, permanecen sojuzgados. También ellos son relativos. Autor, en el homicidio, sólo puede serlo el que ha “matado a un hombre”; en el hurto, sólo el que ha “substraído una cosa mueble ajena”, etc. Coautores los que han procedido de ese modo y conjuntamente. La adecuación al delito-tipo, no significa, aun, naturalmente, ni la punibilidad ni su clase. Pero, y esto es lo esencial, sin afirmarse con respecto a alguien la adecuación al delito-tipo, no puede darse ningún paso adelante para llegar a la punibilidad *sub titulo* “autor” (o “coautor”).

Incluso las cuestiones relativas a la antijuridicidad sólo alcanzan interés jurídico penal con respecto a acciones ya vinculadas a un delito-tipo (tatbestandsbozogenes). Las relaciones entre la adecuación al delito-tipo y la antijuridicidad son tan estrechas, que para la punición, sólo sirve aquella antijuridicidad de la conducta,

que hace a ésta encuadrable justa y precisamente en el punto de vista del delito-tipo que está en consideración. La acción debe ser antijurídica en cuanto tiene la propiedad de corresponder precisamente a *este* delito-tipo.

Análogamente sucede con respecto al carácter culpable de la acción.

Del mismo modo, sin presuponer la referencia de la conducta a un delito-tipo, quedarían en el aire las cuestiones del concurso, y tampoco pueden prescindir de esa base los problemas de las circunstancias generales de exclusión y extinción de la pena.

Muéstrase entonces el delito-tipo como *el concepto troncal del Derecho penal*, del cual provienen los demás conceptos jurídicos penales⁷, en el sentido de que sin aquél no puede lograrse ninguna determinación jurídica penal concreta y definitiva. Nada importa que la "parte general del Derecho penal" se separe del todo, pues aun cuando esto se haga, tomándose los delito-tipos globalmente, es tan evidente que "el" delito-tipo no desaparece, que las doctrinas generales, para tornarse plásticas, deben siempre tomar uno de los delito-tipos como ejemplo.

III. Con las precedentes explicaciones se ha aclarado la relación que media entre el "delito-tipo" y lo "ilícito", entre "adecuación al delito-tipo" y "antijuridicidad".

1. De inmediato se advierte que es imposible concebir, con SAUER y MEZGER, los delito-tipos, como "tipos de ilicitud". Prescindiendo del hecho de que los tipos de ilicitud no se distinguen simplemente por su relación con los delito-tipos, sino que a su separación contribu-

⁷ Excepción hecha del concepto "acción", al cual se agregan todas las demás características.

yen también las “condiciones objetivas” que se unen al delito-tipo, aparte de eso y ante todo lo que sucede es que con tal identificación se desconoce que los delito-tipos sólo son regulativos y no constitutivos para los tipos de ilicitud. No representa un tipo de ilicitud, el “causar la muerte de un hombre”, sino el “causarla antijurídicamente”; ni tampoco el “cazar”, sino el “cazar ilegítimamente”. El cazador, por el solo hecho de serlo, no es ya un cazador furtivo.

Aquella doctrina se basa en una concepción confusamente unificante de los delito-tipos y los tipos de ilicitud, porque el legislador, construyendo los tipos de ilicitud, se mueve plenamente en el dominio de la conducta antijurídica y entonces, claro está, las acciones típicamente antijurídicas resultan sólo provincias dentro de lo ilícito, es decir, precisamente “tipos de ilicitud”. Pero aun que así sea, lo cierto es que de ese modo se desconoce que el mundo de la conducta antijurídica, en el cual el legislador inscribe los tipos de ilicitud, no se separa del mundo de la conducta no antijurídica, tal como si sólo cayese en la zona de lo ilícito una conducta de *cierta clase* y la restante sólo en la otra, siendo que toda conducta, sea cual sea su especie, sólo según las circunstancias cae en el círculo de lo ilícito o de lo no ilícito, y el legislador ha orientado sus tipos de ilicitud precisamente a la especificación de la conducta, esto es, a un momento que está más allá de la división de la conducta en “antijurídica” y “no antijurídica”. Así, los delito-tipos representan “tipos de ilicitud” sólo *cuando son* tipos de *ilicitud*; dentro de la acción delictiva necesariamente se diferencian la adecuación al delito-tipo y la antijuridicidad. Los tipos de ilicitud entran en una escala de valores; los delito-tipos, no.

2. Todos los delito-tipos son, en consecuencia, de carácter puramente descriptivo; en ellos no se expresa aún la valoración jurídica calificante de lo “antijurídico” (tipo de ilicitud).

Pero, por otra parte, *sirven* al tipo de ilicitud en ellos comprendido; hacen juego con él. Esto significa que la comprensión de su contenido puede depender de la contestación que se dé a la pregunta ¿qué tipo de ilicitud tenía presente el legislador? La verdad es que todo concepto jurídico “está recubierto con una trama normativa” (LASK). Sin embargo, sólo algunos de estos conceptos expresan una valoración jurídica (como por ejemplo el concepto de culpabilidad); los más se presentan sólo como objetos de la reglamentación jurídica y, en consecuencia, no son por sí mismos de carácter “normativo”. Pero en todo caso el jurista debe preguntarse en qué sentido ha entendido el legislador el concepto que en un precepto jurídico aparece como objeto regulado. Lo que significan “perro”, “ferrocarril”, “veneno” en el sentido de un precepto, no pueden contestarlo definitivamente ni el zoólogo, ni el técnico de ferrocarriles, ni el químico; es el jurista el que debe examinar si el legislador tenía o no presente, y en qué medida, una representación concordante o distinta. También se requiere, pues, para aclarar el contenido de los delito-tipos, penetrar intuitivamente en los tipos de ilicitud ⁸.

⁸ Así la ley, en la difamación, según el § 186, C. P., ha tenido presente, por cierto, sólo la afirmación, etc., de falsos hechos deshonrosos, por eso la falsedad de los hechos propalados pertenece al delito-tipo. No es que con ello la afirmación de hechos deshonrosos, pero verdaderos, sea señalada como no antijurídica (puede ser punible conforme a los § § 192, 185, C. P.), sino que aquéllo es extraño al tipo específico de ilicitud de la difamación. (Lo que con respecto a la prueba contiene el § 186 no es de modo alguno una disposición penal sino procesal). Comp. BELING, Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede, 1909.

3. Así se aclara la comprensión de los “elementos normativos del delito-tipo”. Aparentemente ellos no concuerdan con la afirmación de que el delito-tipo es “puramente descriptivo”. Pero con esta afirmación sólo se dice que por medio del delito-tipo, una acción sólo es *caracterizada* conforme a su particularidad y no ya *reglada* como antijurídica. Ahora bien, para caracterizar una conducta, el legislador puede tomar toda clase de elementos: el comportamiento corporal mismo, la situación vital de la cual aquél proviene, aquella en la que ha incidido y aquella que ha acarreado. Por eso no puede impedírsele que se sirva de las relaciones jurídicas de la conducta para la construcción de los tipos (cosa “ajena”, § 242, C. P.; cosa “propia”, § 288; ejercicio “ilegítimo” de un cargo, § 113, etc.). Pero mientras éstas le sirven sólo para delimitar la conducta presunta en el sentido de las clases de delito correspondientes, conservan su función “descriptiva” y nada anticipan de las circunstancias que están más allá de su carácter especial y de las cuales dependerá si la conducta así descripta está reglada como antijurídica.

4. Muy distinto es lo que sucede con lo que hoy se llama frecuentemente “elementos subjetivos del delito-tipo” cuando por “subjetivo” se entiende el estado anímico del autor al momento del hecho, ello es, la “faz interna” del delito⁹.

⁹ MEZGER ensancha el problema de los “elementos subjetivos del delito-tipo”, al pensar, hablando de “objetivo” y “subjetivo”, en la división de todo el mundo en una mitad corporal y otra espiritual. Por eso él también llama “elementos subjetivos del delito-tipo” a las circunstancias de naturaleza espiritual que se encuentran fuera del alma del autor y que el tipo requiere (como el “escándalo” en el § 183 del C. P.). Que existan tales “elementos subjetivos del delito-tipo” no es en modo alguno un problema. Son precisamente circunstancias por medio de las cuales una conducta viene a ser caracterizada como de “esta clase”, ello es de carácter típico y esencial para el delito-tipo.

Para mí, el problema ha sido siempre sólo el de saber si lo interno del autor puede proporcionar piezas para la construcción del delito-tipo. No ha variado en esto mi opinión, como cree poderlo afirmar MEZGER.

Recuérdese que el delito-tipo, lejos de identificarse con el tipo de ilicitud, no es ni siquiera una de las características conceptuales de la figura delictiva. Características del asesinato lo son, p. ej., la *ejecución* de la “muerte de un hombre” (objetiva), y *el dolo dirigido* a la “muerte de un hombre” (subjctiva). “Causar la muerte de un hombre” es el *esquema común* para la faz objetiva (el tipo de ilicitud) y la faz subjetiva (el tipo de culpabilidad).

La caracterización de este esquema *surge* patentemente de la faz objetiva: es la conducta exterior lo caracterizado por el delito-tipo y con ella está moldeado el contenido del delito-tipo. Pero, por otra parte, a imagen de esta conducta, aquél es *solamente moldeado*. Tomado aisladamente, pierde el carácter de estar contenido en la faz objetiva. Así, sólo significa un *carácter* de la conducta, y no la *conducta* misma a él correspondiente. Este carácter se torna inmediatamente adecuado para admitir otras relaciones conceptuales, aparte de su unión con esa conducta. Pongamos el ejemplo: “matar a un hombre”: imaginada una conducta humana de esa clase, puede el cuadro aplicarse tanto para ella, como para la acción de un animal o para un rayo, etc. (En nada afecta, naturalmente, esa afirmación el hecho de que el tal “matar a un hombre” no represente ninguna acción punible). Precisamente por eso es que el delito-tipo puede también cumplir su doble función de esquema común para la faz objetiva y la faz subjetiva de la acción punible; aparte de la “realización” como característica de la figura de delito, *a aquél puede referirse* también la culpabilidad como característica subjetiva.

Mezclando “lo subjetivo” del alma del autor en el delito-tipo, nos perdemos en un desvío metodológico.

Un delito-tipo tan impuro no podría cumplir más su función de esquema común para la faz objetiva y la *subjetiva*. No sólo sucederá que en la *ejecución*, ello es, en su faz *objetiva*, se nos presentaría inopinadamente lo psíquico, sino que también la faz *subjetiva* se tornaría un cuadro completamente torturado. La culpabilidad debería extenderse a uno de sus propios elementos constitutivos. Si, por ejemplo, se colocase en el delito-tipo una representación determinada del autor, el dolo del autor en el caso, según el § 59 del C. P., debería comprender la representación de que tiene esa representación. Se perdería toda claridad metódica.

Con eso, naturalmente, no se discute la relevancia jurídica de aquellas circunstancias que se han designado como “elementos subjetivos del delito-tipo”. Sólo que su lugar metodológico es otro: son características de la figura delictiva misma y no de su esquema, que es de ella separable. El fin de apropiación ilícita es, por ejemplo, típica para el hurto; pero yace dentro de la realización dolosa del delito-tipo-hurto; de la “*substracción de una cosa mueble ajena*”. Y si bien aquél yace en la faz puramente *subjetiva* de la figura de delito, no es ni un “elemento subjetivo del delito-tipo”, ni un “elemento subjetivo de esa ilicitud”. La concepción según la cual “todo ilícito arraiga en la voluntad”, ello es, que “ilícito” sólo es otra expresión para significar la culpabilidad del movimiento espiritual, y que fuera de la ilicitud espiritual no hay antijuridicidad, es una concepción que debe considerarse hoy superada. Pero admitiéndose que lo externo y lo interno son dos objetos distintos de la valoración jurídica, se daría un paso atrás al tomarse mezcladamente lo externo y lo interno como un todo cuya antijuridicidad debe investigarse, borrando con ello la cuestión relativa al modo

con que el orden jurídico valora la conducta exterior por sí misma ¹⁰.

La aceptación de "elementos subjetivos del delito-tipo" se apoya también en que ciertas palabras textuales aportarían elementos subjetivos. Así sería inseparable del concepto de acción "impúdica" el propósito lascivo y, en consecuencia, el delito-tipo lo contendría también. La incorrección de esto dedúcese de que con tal aceptación se daría la rareza psicológica de un dolo dirigido, entre otras cosas, al propio propósito lascivo (§ 59, C. P.) ¹¹.

En verdad, aquí el *lenguaje* ha hecho una jugarrera: se han tomado simplemente las palabras textuales de la ley penal que describen la acción correspondiente como si fueran el "delito-tipo".

De inmediato se advierte la incorrección de esto, pues, según ello, algunas clases de delito, para las cuales la ley sólo nombra etiquetas rubricantes (por ejemplo la injuria del § 185 del C. P.), no tendrían ningún delito-tipo, siendo que éste debe determinarse, por el contrario, en la esfera del pensamiento de legislador.

¹⁰ Lógicamente sólo es posible aducir el concepto de *condición* en el sentido de que se concibe algo subjetivo como condicionante para que una acción externa sea antijurídica ("condiciones subjetivas de lo ilícito" en vez de "elementos subjetivos de lo ilícito"). Si p. ej. se sigue la concepción (por mí no compartida) del Reichgericht, según la cual a la licitud de la defensa legítima corresponde a una "voluntad defensiva", la construcción debiera ser la siguiente: el ejercicio de la defensa legítima mantiene el carácter de una acción objetivamente antijurídica, carácter que tendría prescindiendo de la situación de necesidad. Sólo que no sería antijurídica cuando el autor persiga un fin defensivo. Pero entonces no se ve cómo podrá proceder *prácticamente* el legislador, teniendo que abstenerse de regular terminantemente tal conducta conforme a su faz objetiva, para hacer depender la antijuridicidad o la licitud sólo de la actitud interna del autor. Y aún puede preguntarse si acaso no desaparecen, en definitiva, las condiciones subjetivas en una afinada elaboración de la antijuridicidad objetiva, para mostrarse sólo como elemento de la faz culpable. Pero estas cuestiones no deben aquí ser llevadas más lejos.

¹¹ Si la ley sometiese a pena también las acciones impúdicas imprudentes, de tal modo se llegaría a que el autor ha desconocido su intención previa, pero ha debido conocerla.

Este culto a la letra ha llevado además a que a veces se compute la antijuridicidad de la acción en el "delito-tipo", y a veces no, según que la palabrita "antijurídico" se encuentre o no en el correspondiente párrafo, mientras que, en verdad, el esquema común para la faz "antijurídica" y la "culpable" es absolutamente independiente de la exigencia o irrelevancia del requisito de la antijuridicidad y, como tal, nada tiene que hacer con ella.

Hay que examinar siempre, si en la expresión textual de la ley, las palabras usadas no expresan un cuadro representativo "complejo", que precisamente el jurista deba separar en sus elementos. Para reafirmar el ejemplo de acción "impúdica"; si es correcto (como aquí sin más podemos suponerlo) que el propósito lascivo es un carácter esencial de la "obscenidad" de modo que, por ejemplo, el médico que no obrase con tal propósito no obrase impúdicamente", sin embargo, con ello no se afirma, por cierto, que cualquier modo de acción sea impúdico por el solo hecho de que se presente con el propósito lascivo. La acción debe tener una especificidad de tal modo particular, que haga que se llame "obscena" *cuando* se cometa con propósito lascivo. Si no se puede llamar "obscenas" a tales acciones específicas *sin* el propósito lascivo, debe poderse mostrar claramente su especial propiedad, pues sin ello quedaría borroso el concepto general de lo obsceno. Se podría entonces llamar de otro modo a lo que sólo caracteriza la faz externa. Ello puede no ser sencillo (pueden encontrarse palabras más comprensivas para el "tocamiento de los órganos sexuales" o "exhibición obscena", etc.). Pero sólo así aparecería el delito-tipo de esa clase de delitos, a cuya ejecución, como ulterior característica de la figura delictiva, se agregaría el propósito lascivo. Del mismo modo deben tratarse las de-

más expresiones de la ley que se suelen aducir como ejemplo socorrido para los delito-tipos con elementos subjetivos¹². Ante tal procedimiento sólo podría guardar recelos la jurisprudencia literal, pues ella ve en las palabras de la ley la suprema expresión de la sabiduría, y no puede volar a la “*vis ac potestas*” de la “*verba legis*”¹³.

IV. Seguramente es debido *al nombre* el hecho de que el delito-tipo legal en su peculiaridad y afinada delimitación no haya alcanzado aún el pleno valor debido. Ese nombre, del cual se sirve el § 59 del C. P., y que también ha sido empleado en la ciencia alemana ya antes de mi doctrina del delito, si bien sólo ocasionalmente y sin acentuar su significado profundo, no es, de hecho, tan “significativo” que de él pueda inferirse el concepto que debe envolver. Pues se llama también “*Tatbestand*”, según un uso muy extendido, al suceso histórico que debe juzgarse (“*Tatbestand-concreto*”, “*Lebenstatbestand*”, ello es, el caso, el hecho concreto = *Sachverhalt*), dividiéndose a su vez en el *Tatbestand* “externo” y el “interno”, y debe admitirse que la palabra como abreviatura de “*Tatsachenbestand*”, se presta a ello perfectamente. Y aun cuando por “*Tatbestand*” se entienda una abstracción jurídica —el *Tatbestand* “legal”— nos amenazan malentendidos, porque entonces nuevamente se enfrentan el “*Tatbestand general del delito*” (“*allgemeinen Delikistatbestand*”), como totalidad de las características legales del delito, incluyendo pues a la antijuridicidad y la culpabilidad,

¹² Destáquense especialmente los “delitos consistentes en manifestaciones” (sobre ello KERN, *De Ausserungsdelikte*, 1919). Su delito-tipo se construye siempre de modo que puede afirmarse su ejecución sin que para ello haga falta recurrir al sentido en el cual el autor ha pensado su manifestación. Si no, nos perderemos en un círculo vicioso.

¹³ A causa de la sustitución de los “elementos subjetivos del delito-tipo” por “condiciones subjetivas de la ilicitud”. Ver pág. 20, nota 10.

con el "Tatbestand "especial", es decir, el que corresponde a cada clase aislada de delitos¹⁴. Así se aducen de vez en cuando, entre otras, como características del "especial delito-tipo" los elementos "internos" propios de las figuras delictivas correspondientes (p. ej., en el hurto, el fin de apropiación ilícita). Entonces habría también un Tatbestand de la tentativa, de la instigación y de la complicidad. En seguida, agréganse al Tatbestand del delito, uno de la legítima defensa, uno de la compensación, uno de la prescripción, uno del concurso ideal, etc., de acuerdo con el léxico extrajurídico, léxico que asocia toda consecuencia jurídica a un concepto-tipo ("Tatbestand"), como síntesis de las condiciones que lo determinan. Finalmente, lo peor es la ya mencionada vinculación del término a las palabras textuales de la ley en las disposiciones especiales, y según la cual, p. ej., el "delito-tipo del secuestro de personas", entre otros elementos, envuelve el de la antijuridicidad y, en cambio, no lo envuelve el "delito-tipo del asesinato", sólo porque la palabrita "antijurídico" está en el § 240 y no está en el § 211, C. P.¹⁵.

Con tal ambigüedad del término el delito-tipo tór-nase algo horrible.

Es más o menos esto,

"El *Tatbestand* (caso) es que A, por instigación de B, ha dado a X un puñetazo. En cuanto a A existe

¹⁴ A FRANK, pág. 5, le haría notar que la afirmación de que yo "a lo menos admito el concepto del delito-tipo genérico" no refleja bien mi pensamiento. El concepto que llamamos "delito-tipo genérico" no sólo lo "admito" sino que para mí ha sido siempre evidente. Lo que yo discuto es sólo la *conveniencia* de la denominación de este concepto con el nombre "Tatbestand general". Y eso es porque, por una parte, el Tatbestand tratado en este ensayo, en sentido técnico y en su propio significado, con ello, se torna oscuro y, por otra, por que el "allgemeine Verbrechenstatbestand" es una nueva expresión pomposa e innecesaria para el concepto mismo de delito.

¹⁵ De donde se sacaría la consecuencia de que el dolo, en ciertas clases de delitos, sólo se da con la conciencia de la antijuridicidad, para otras, en cambio, también en la *optima fides*. Una concepción que carece de toda *ratio interna* y que representa un culto de la peor especie a la letra de la ley.

el *Tatbestand* (delito-tipo) exterior de la *lesión*; y no se da el *Tatbestand* (concepto-tipo) de la *legítima defensa*. En cuanto al *Tatbestand* (forma típica) interno, si A erróneamente hubiese creído ser agredido por X, concurriría para él el *Tatbestand* (concepto típico) de la *legítima defensa putativa*. Pero como él había podido y debido saber que no era agredido, se encuentra en el *Tatbestand* (delito-tipo) de las *lesiones culposas*. B, en cambio, habría sabido, conforme al *Tatbestand* (caso), que A no era agredido. El *Tatbestand* interno (forma interna típica) que en él se dió fué entonces en forma del *Tatbestand* (delito-tipo) dirigido a lesiones dolosas. Por eso no sólo ha realizado el *Tatbestand* (concepto típico) de *instigación a lesiones culposas*, sino más bien el *Tatbestand* (concepto típico) de *acción mediata* para el *Tatbestand* (delito-tipo) de *lesiones dolosas*. El *Tatbestand* (concepto típico) de la *prescripción* no concurre, porque con el acto jurídico de... se produjo el *Tatbestand* (forma típica) de la *interrupción de la prescripción*".

Una confusión babilónica del lenguaje, con la cual la expresión "Tatbestand" se desvaloriza del todo. Las consecuencias son desastrosas para los jóvenes juristas.

Por el contrario, esa expresión a veces no se usa donde correspondería. Así se dice no pocas veces al explicar las aisladas especies delictivas: *la acción consiste en...*" después de lo cual se reproduce el delito-tipo. Por ejemplo, en el § 211 del C. P., la acción consiste en "matar a un hombre". Debe decirse, en cambio, que la acción *para ser adecuada a un delito-tipo*, en el sentido del § 211 debe consistir en "matar a un hombre". Con otras palabras: no "la acción" sino el delito-tipo es precisamente lo que consiste en "matar a un hombre".

Si el nombre agrava ya de tal modo en alemán la comprensión del concepto, menos puede esperarse una traducción adecuada en lenguas jurídicas extranjeras; yo no sabría, por ejemplo, cómo podría decirse en latín. *Zevenbergen* en su *Leerboock van het Nederlandschen Strafrecht*, le ha impreso el sentido de “*wettelijke omschrijving*”, ello es, “descripción legal” (“*gesetzliche Umschreibung*”); pero también esta denominación es aun demasiado imprecisa. Traducir “*gesetzlichen Tatbestand*” por “*Typus*”, tampoco cuadra, pues si bien aquél constituye un *Typus*, engañaría demasiadas veces su identificación con el tipo de delito (figura delictiva) ¹⁶.

Creo que para el lenguaje de la *ciencia* la expresión usada por mí, por primera vez en este ensayo, “*Leitbild legal*” (esquema legal), puede encontrar aceptación. En él se destaca precisamente lo que es esencial al concepto: la naturaleza meramente regulativa del delito-tipo. No he podido encontrar una expresión mejor ¹⁷. En latín se podría oponer al *typus delicti (ipsius)* el *Tatbestand* (delito-tipo) considerado como *typus (typum delicti) regens*. Podrían, pues, los lenguajes científicos extranjeros ajustarse a esas expresiones.

La *legislación* no puede adoptar, por cierto, esas expresiones. Se podría aceptar que ellas no tienen que hablar para nada del delito-tipo, concepto metodológico de ordenación. En cuanto se trata de la fijación de la faz externa del hecho, la palabra rubricante “delito-tipo” es evitable y ya de hecho los códigos penales no se sirven de ella. El jurista puede comprender bajo la rúbrica “delito-tipo” el “matar a un hombre”, la “subs-

¹⁶ Comp., arriba, pág. 9.

¹⁷ En todo caso, “concepto troncal jurídico penal” (comp., arriba, pág. 14).

tracción de una cosa mueble ajena”, así como, sin que la ley se lo diga, designa a la prescripción y al desistimiento de la tentativa como “causas de extinción de la pena”. Sólo con respecto a la regulación del dolo y de la imprudencia se plantea una dificultad. Si el legislador quiere aquí establecer que se requiere para ellos el conocer o el poder conocer “las circunstancias de hecho correspondientes al delito-tipo”, ello es, que el delito-tipo deba ser no sólo un simple esquema para los tipos de ilicitud, sino también esquema para los tipos de culpabilidad, no podría dejar de preguntarse si puede dejar eso sin decirlo y confiar, no obstante, en que su voluntad sea correctamente entendida. Las cuestiones que actualmente se suscitan, a pesar del § 59 (con su clara contraposición del delito-tipo a las circunstancias de hecho correspondientes, ello es, *facta*), parecen indicar que es arriesgado. Pero si debe establecerse en la ley una definición del dolo, es absolutamente inútil la fórmula desgraciadamente más corriente: obra dolosamente ‘aquel que comete el hecho con conocimiento y voluntad’. De ese modo no se traza ningún límite con respecto a la culpa, sino con respecto a la acción corporal en estado de inconsciencia o de involuntariedad. (Aquel que dispara a un blanco con “ciencia y voluntad” y alcanza imprudentemente a un hombre, ha ejecutado “el hecho” precisamente *con* “ciencia y voluntad”). En ese giro falta lo fundamental: *lo que* debe ser querido y sabido “del hecho”. Con mayor razón falta lo fundamental en el giro: pertenece al dolo el conocimiento de las “circunstancias de hecho” puesto que hay que separar circunstancias de hecho *relevantes* (ello es relevantes para el delito-tipo) e irrelevantes. Así, en caso de que se considere necesaria una definición legal, no queda nada más que la expresión “deli-

to-tipo" tal como se mantiene en el § 59 del C. P.¹⁸, o descubrir para el concepto un nombre nuevo.

V. No puede discutirse que es indispensable la inclusión del esquema rector jurídico penal, nómbresele como se quiera, en la sistemática del actual Derecho penal. Sólo falta aclarar cómo hay que servirse de él.

1º ¿Debe, puede o no puede incluirse el Tatbestand (delito-tipo) legal (conservo el nombre) en la definición del delito? ¿Puede definirse el delito como la "acción adecuada a un delito-tipo, antijurídica, culpable, etc.", como lo he hecho en mi "Doctrina del delito"?

Hoy presento un desarrollo más claro.

Ante todo, caen fuera de este concepto las acciones punibles de tentativa, instigación y complicidad, a pesar de que son delitos. Pues "*tatbestandsmässig*" ("adecuado a un delito-tipo") importa la realización objetiva del delito-tipo y las penas contra la tentativa, etc., ponen su mira, en primer lugar, en acciones de las cuales no es posible decir que su autor haya *realizado* el delito-tipo¹⁹. Para comprender, entre otras, estas acciones "adecuadas a una forma accesoria" ("*erscheinungsformässigen*"), debiera designarse como característica del delito, no la *adecuación* sino la *vinculación* o *referencia* a un delito-tipo. Nada importaría el hecho de que

¹⁸ Más o menos así: obra dolosamente sólo aquel cuyas representaciones de la situación de hecho corresponden al delito-tipo por él ejecutado. (Pero no: conocimiento de las *características* del delito-tipo, conocimiento que presupone un estudio jurídico). No es del caso tratar aquí el modo de completar la fórmula del dolo con relación a la conciencia de la antijuridicidad y al *dolus eventualis*.

¹⁹ ZIMMERMANN; *GS*, 98, 387, propone la cuestión de si la tentativa, etc., no podrán decirse también "adecuadas al delito-tipo". La cuestión desaparece en principio, cuando, como lo hemos hecho, se comprende al delito-tipo como al esquema propio de la figura delictiva autónoma, a la cual las formas accesorias (las figuras dependientes) sólo se conectan. Las acciones de tentativa, etc., son por cierto "adecuadas a la forma accesoria", pero no "adecuadas al delito-tipo".

debiera primero delucidarse detenidamente la clase de vinculación que se tiene presente (es decir, ya sea adecuación o simple referencia mediata al delito-tipo en el sentido de las figuras no autónomas de delito).

Pero la fórmula así alcanzada (una acción que es 1º referible a un delito-tipo, 2º antijurídica, 3º culpable, etc.), tampoco queda exenta de reparos. Con razón han destacado BAUMGARTEN y SAUER que aquí “delito-tipo” y “antijuridicidad”, contrariamente a lo que se piensa, aparecen coordinados y desarticulados (cosa que ambos autores, cada uno por su parte, han tratado de salvar, por cierto que, según mi parecer, de un modo incorrecto). Con ello, en efecto, no se destaca que se trate de antijuridicidad y de culpabilidad relativas al delito-tipo. El delito-tipo es justamente esquema para la figura delictiva; sobre la afirmación de que alguien haya ejecutado el delito-tipo X, debe luego seguir la afirmación de que el hecho fué antijurídico y doloso, etc., precisamente *en esa particularidad suya*. El que “ha matado a un hombre” es homicida sólo cuando la acción, precisamente como “muerte de un hombre” fué antijurídica y dolosa; no basta *cualquier* antijuridicidad o *cualquier* culpabilidad.

La solución la trae el reconocimiento de que la figura de delito no es el delito-tipo, sino que este último es el esquema preestablecido a la primera. Yo partía en mi doctrina del delito de que el actual Derecho penal está acuñado en tipos, ello es, que la “tipicidad” es una característica conceptual del delito. Esto, como nota de las *figuras* de delito, es correcto y debe mantenerse. Sólo que no puede introducirse como sinónima de aquella expresión la adecuación o la vinculación al delito-tipo.

Al incluir el concepto de tipicidad en la definición de delito debe tenerse presente que es necesario evitar

toda apariencia de coordinación con antijuridicidad y culpabilidad. No es posible decir que el delito sea una acción 1º conforme al tipo (adecuada al tipo, típica), 2º antijurídica, 3º culpable. Lo que debe decirse es que el delito es una acción típicamente (tipificadamente) antijurídica y correspondientemente culpable.

Con tal rectificación de la definición, puede hasta desaparecer la “amenaza penal adecuada” como característica especial de las acciones punibles. Mientras en la definición se empleen los términos “adecuación al delito-tipo” deberá también utilizarse la frase “amenaza penal adecuada”. Así, p. ej.: el daño por imprudencia es adecuado a un delito-tipo (*tatbestndsmässig*) (y antijurídico y culpable) y a pesar de ello no es punible precisamente por faltarle una sanción adecuada. Pero basándose aquélla en la figura delictiva, el daño por imprudencia se elimina, por no constituir ninguna figura delictiva jurídico-penal.

Pero también los rasgos extratípicos que presentan las figuras de delito, encuentran su lugar sistemático en la tipicidad: “las condiciones objetivas de punibilidad” (como p. ej.: el resultado grave de la riña del § 227, C. P.), y las “formas especiales de culpabilidad” (como por ej.: el fin de apropiación ilícita en el hurto del § 242, C. P.).

Con tal construcción del concepto del delito, para llevar la definición a su término, resta sólo reflexionar sobre aquellas circunstancias de cuya existencia o inexistencia depende la punibilidad, a pesar de la existencia de una acción típicamente antijurídica y típicamente culpable. Así, p. ej., según las circunstancias de los §§ 4 y sigs. del C. P., el hecho de ser extranjero el lugar del delito. Ello es, que la definición debe completarse con un agregado que introduzca como esenciales en ella las puras condiciones de punibilidad extratípicas

(ya sea agrupadamente o en forma general) y las puras causas de exclusión de pena extratípicas²⁰. Sólo estas últimas deben mencionarse expresamente, puesto que la falta de una condición de punibilidad representa precisamente una causa de exclusión de pena.

La definición debiera pues decir: delito es la acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se dé una causa legal (objetiva) de exclusión de pena.

Según eso, el delito-tipo desaparece de la definición del delito; pero con eso su importancia no se perjudica. Cada una de las características del delito requiere su consideración, y dentro de la "tipicidad" el delito-tipo conservará el debido lugar predominante.

El capítulo dedicado al delito-tipo es a un tiempo el lugar sistemático indicado para la doctrina de la "carencia del delito-tipo". Decir que una acción carece de delito-tipo no significa sino que ella no es adecuada a un delito-tipo. Y ya que una acción sólo es adecuada a un delito-tipo cuando ella corresponde plenamente al delito-tipo pertinente, se da "carencia de delito-tipo" cuando la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales (tatbestandlichen). Precisamente aquí tienen cabida las figuras no autónomas de delito (las formas accesorias) cuya esencia consiste —dentro de ciertos límites— en que, a pesar del "defecto de delito-tipo" dan razón para la punibilidad. Por eso no se es del todo exacto cuando, como se hace frecuentemente, se contraponen tentativa y carencia de delito-tipo, porque la primera es más bien una carencia de delito-tipo especialmente caracterizada (ello es, una falta del paso final típico). Por otra parte, también pueden inscribirse en

²⁰ En cuanto no sean sólo "personales", pues éstas importan sólo al concepto de autor punible y no al de acción punible.

la esfera de la carencia de delito-tipo la instigación y la complicidad; pues precisamente el que *no* "ha muerto a un hombre" entra a ser considerado como instigador o auxiliador posible²¹.

2º El delito-tipo reviste importancia práctica especial para el método en la elaboración de la casuística, y para la subsunción de un caso práctico en el concepto de delito.

Para que pueda considerarse como dada una acción punible, deberán haberse agotado todos los elementos del concepto de delito. Pero las cuestiones relativas al escalonamiento de las características del concepto teórico de delito es un tema por sí mismo. Aquí necesitamos ante todo una adecuada *fórmula dispositiva*²², y a ésta se la obtiene cuando se utiliza el esquema jurídico-penal, el delito-tipo, como hilo conductor.

Prácticamente, el jurista, en primer lugar, ha de ojear el catálogo de las clases de delito (las autónomas figuras delictivas) para establecer cuál de ellas está en consideración con respecto a la acción de que se trata. Entonces ya tiene, por decirlo así, el gancho al cual cuelga el caso. Retornando todas las figuras de delito a un delito-tipo como esquema (las autónomas inmediatamente y las no autónomas mediatamente) destácase claramente la cuestión relativa a la suficiencia de la faz objetiva de una acción para este delito-tipo, (sea como "*adecuada*" al tipo, según la regla, sea como vin-

²¹ Esta es, a lo menos, la función destacada del concepto de participación accesoria. Su segunda función consiste en subordinar la punibilidad de acciones adecuadas al delito-tipo al punto de vista de la participación, cuando no se dé una característica extratípica requerida por la figura delictiva autónoma del caso (p. ej., en el hurto, el "propósito de apropiación ilegítima de la cosa". Si A y B hurtan en común la cosa con el fin de que se la apropie A, B, que no se proponía apropiarse la cosa, caería en el rango de auxiliador de A). Si hay que inscribir las "formas accesorias" en el primer plano de los casos de "carencia de delito-tipo", exigirían, por argumento *a fortiori*, su aplicación a casos en los cuales el que actúa hasta sería típicamente autor.

²² BAUMGARTEN, habla en modo semejante de una "fórmula demostrativa".

culada a él por medio de una forma accesoria). Esta cuestión es de primer plano porque todas las demás investigaciones dependen de esa comprobación; ella, en cambio, es independiente de las demás. En esa forma se puede ya abandonar *la expresión* “gesetzliche Tatbestand” (delito-tipo) para hablar en adelante de aquel *contenido* que tiene la función de esquema para la respectiva clase de delitos, ello es, según el caso, de “matar a un hombre”, de “substraer una cosa mueble ajena”, etc. Si no resulta ninguna clase de vinculación al relacionar la acción concreta con el delito-tipo examinado en el caso, se está en el camino más breve para concluir negativamente en cuanto a la punibilidad.

Si, por el contrario, inmediata o mediatamente se subordina la acción al delito-tipo, con tal comprobación se ensambla plásticamente la otra cuestión aún no contestada, referente a la antijuridicidad de la acción (en su particularidad de “matar a un hombre”).

Las “condiciones objetivas de punibilidad” propias de los respectivos tipos de delito pueden entrar a considerarse ya sea inmediatamente después de afirmarse la vinculación al delito-tipo o más tarde.

Por el contrario, todo lo “subjetivo” exige la correspondiente consideración sólo después de afirmarse la vinculación al delito-tipo y la antijuridicidad.

Si se ha establecido que la acción era, p. ej., la antijurídica muerte de un hombre, con ello se ha preparado sólidamente el camino para ver si en ello hubo dolo o culpa. Si en cambio, se quisiera investigar las representaciones, etc., que el autor haya tenido, para concluir en que tuvo intención de matar, y sólo después de eso averiguar si se ha producido el resultado, en tales consideraciones psicológicas sólo tendríamos por delante un suceso futuro y, según el estado de la investigación, aún hipotético. Todas estas cuestiones, en cambio, son mucho

más asibles partiendo de lo "objetivo" como sucedido. La ordenación que lleva de lo subjetivo a lo objetivo, tomada fundamentalmente, no corresponde al pensar jurídico; corresponde a la consideración *moral* de la conducta, no al sentido propio del Derecho, el cual, ante todo, es una regulación de lo externo en la vida social, que sólo se ocupa de lo interno mediatamente, en su relación con lo exterior.

Cuando la respectiva figura de delito requiera aún, por encima de dolo y culpa, especiales momentos *inter-nos* (propósito, etc.), la cuestión de si esos momentos se presentan o no, se vincula sin violencia alguna con aquella consideración.

También lo demás surge por sí mismo: causas de justificación (primero aquellas que quitan al hecho el carácter de una acción punible; después las causas "personales" de exclusión de pena), y finalmente las causas de extinción de la pena.

VI. La doctrina del delito-tipo, ha despertado a veces una curiosa desconfianza.

Reconociéndose al delito-tipo sólo como un concepto de *ordenación* metódica —por cierto que importantísimo— se creería con él amenazada de "formalismo" la investigación del contenido de las disposiciones penales²³. Es temor a fantasmas. Pues haciendo posibles el delito-tipo el claro planteamiento y la separación de los problemas, no trae ningún inconveniente para la interpretación de la fundamental *ratio legis*. El delito-tipo no es culpable de que la ley misma nos constriña con su "formalismo" a encerrarnos en las figuras delictivas y con ello en los delito-tipos²⁴.

²³ Así FINGER, *GS*, 97, 383.

²⁴ Lo que, por lo demás, tiene su *ratio* en la "necesidad de seguridad jurídica.

Algunas veces se ha tachado a la doctrina del delito-tipo por conducir a un tal despedazamiento del concepto de delito, que, de acuerdo con las conocidas palabras de Goethe, tendría las partes en la mano, pero faltaría el lazo espiritual²⁵. Quien así dice, atestigua sólo su propia falta de penetración en la interrelación de los elementos de un concepto, y su incomprensión del sentido de las palabras de Goethe, como si éste dirigiese su dardo contra todo análisis conceptual. Bastante han probado las precedentes explicaciones que la disección del delito-tipo está al servicio de la síntesis más rígida.

FIN DE LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO

²⁵ HOFACKER, Arch. f. RPhil., 16, 321 y en su "Reform des des Strafges B". pág. 24. Indudablemente el A. se escandaliza al decir que "antijuridicidad es un *descubrimiento alemán* y que utilizarla significa un "método equivocado" que invade toda la ciencia jurídica. Es superflua la réplica.