

Notas para una definición realista del delito

ENRIQUE R. AFALION

Prof. Ordin. de la Universidad de
Buenos Aires

SUMARIO: 1. Entuerto y sanción como conceptos jurídicos fundamentales, universales y necesarios.—2. Delitos y penas (criminales) como conceptos jurídicos dogmático-contingentes.—3. La fallida teoría del delito natural.—4. El fracaso de las teorías que aspiran a establecer distinciones esenciales, absolutas, entre las sanciones penales y las civiles.—5. Caracterización dogmática, contingente, realista del Derecho penal, el delito y la pena.—6. Inclusión del elemento pena en la definición del delito. Análisis y minimización de la noción de tipicidad

1. *Entuerto y sanción como conceptos jurídicos fundamentales, universales y necesarios*

Sabido es que una de las más caras aspiraciones de la teoría general del Derecho ha sido la de precisar la lista de los llamados *conceptos jurídicos fundamentales*, esto es, aquellos conceptos que por su carácter *a priori* y su universal generalidad, aparecen como elementos constantes e invariables en todo Derecho, en todo régimen jurídico, conocido o concebible (1). Ahora bien, entre los conceptos jurídicos a los que ha sido general reconocer indudables títulos para figurar en el referido elenco, figuran los de *hecho ilícito* o *entuerto* (o sea, la negación de la prestación debida) y la *sanción* (o sea, la consecuencia imputada al mismo). Formalizando estos elementos, quedan expresados en la fórmula de la perinorina *Dado no-P; debe ser S.*

2. *Delitos y penas (criminales) como conceptos jurídicos dogmático-contingentes*

Aunque en el plano *lógico formal* el esquema referido permite, sin dificultad alguna, deslindar y definir el entuerto y sanción,

(1) V., por ejemplo, RODOLFO STAMMLER: *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, pág. 289; GUSTAVO RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, página 60; FRITZ SCHREIBER: *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, Buenos Aires, 1942.

sin que quepa hacer ninguna distinción de especies dentro de estas expresiones, no ocurre lo mismo si nos trasladamos al campo de la experiencia jurídica. El análisis de los entuertos y las sanciones no ya como tema de la lógica jurídica, no ya como ingredientes conceptuales de la norma, sino como *hechos* reales tempo espaciales, que se dan en la historia, conduce a advertir que las valoraciones comunitarias prácticamente siempre han establecido distingos axiológicos, a tenor de los cuales ciertos actos ilícitos son estimados como más especialmente peligrosos o lesivos que otros, con relación a las condiciones que hacen posible la convivencia pacífica y la tranquilidad social (2). En términos generales, estas especies de conductas, acreedoras—sea por su gravedad, sea por otras razones (3)—a una valoración social específicamente reprobatoria, se llaman *delitos penales*, y se califican como *penas* aquellas sanciones que expresan ese juicio reprobatorio de la comunidad. De aquí que, como punto de partida, quepa definir el *Derecho penal* como la rama del Derecho que se ocupa de los *delitos (penales)* y las *penas criminales*, términos correlativos que se implican recíprocamente.

Aunque la definición precedente es, indudablemente, correcta, cabe pedirle mayores precisiones por lo que hace a esos dos términos correlativos de delito y de pena, a los que se remite. ¿Es posible arribar a una definición esencial, ontológica, universal y necesaria de lo que delito y pena son? Por cierto que, desde tiempo atrás, los juristas han prodigado sus esfuerzos en la búsqueda de estas definiciones, cuyo hallazgo les suministraría algo así como

(2) V., por ejemplo, EMILIO DURKHEIM: *La división del trabajo social*, Madrid, 1928, págs. 79 a 81, donde se sostiene que, ya en las sociedades primitivas, existían dos grandes especies de sanciones: *represivas* (penales) y *restitutivas* (civiles). Pero, según DURKHEIM, en las sociedades más rudimentarias prácticamente todo el Derecho sería represivo (ob. cit., págs. 163-4), prevalencia que habría ido desapareciendo con el tiempo, proceso perceptible hasta en el volumen material—cada vez menor—, ocupado por las reglas represivas en las antiguas legislaciones (Pentateuco, Exodo, Levítico, Deuteronomio, ley de las XII Tablas, ley sálica, etc.).

Discrepamos de la última de las afirmaciones durkheimianas. No cabe hablar de prelación cronológica ni de preponderancia de ninguna especie entre Derecho penal y Derecho restitutivo, y mucho menos sobre la base de un criterio tan grueso como el del volumen material ocupado por las respectivas normas. Así, por ejemplo, la represión del adulterio o del robo, por severa y detallista que sea, no se concibe sino en función de instituciones de Derecho civil (matrimonio, propiedad) y supone, asimismo, una magistratura y un procedimiento (Derechos público y procesal). Lo único que puede afirmarse es que las sanciones que aseguraban la efectividad de los Derechos primitivos eran, en general, del tipo que hoy llamaríamos penal.

(3) El criterio de la «gravedad» del entuerto no es decisivo para calificarlo como *penal*, como lo demuestra el hecho de que muchas contravenciones o faltas—a las que se aplica una sanción de tipo *penal*—no revistan mayor importancia social. Lo que ocurre es que—como agudamente lo señala AXTOFFER: *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1949, pág. 88)—en estos casos otro tipo de sanciones no son posibles, o no parecen suficientes. Al que pisa el césped en lugar vedado, mal puede condenársele a restituir o compensar.

el concepto puro de Derecho penal. Pero es menester reconocer que, tanto aquellos que han puesto la tónica de diferenciación por el lado del delito, como los que han enfilado hacia la sanción, no han conseguido llegar a resultados decisivos, pues los ordenamientos jurídico-positivos, en su infinita variedad, suministran continuamente casos de delitos y de sanciones que no se compaginan con las definiciones doctrinarias que de los mismos se ha formulado.

3. La fallida teoría del «delito natural»

Como prueba de la imposibilidad de arribar a definiciones ontológicas, universales y necesarias de lo que es delito, analicemos una de las más difundidas teorías que han pretendido hacerlo: la teoría del delito natural del italiano RAFAEL GARÓFALO, representante conspicuo de la escuela positiva de Derecho penal. GARÓFALO pensaba que era posible definir el delito prescindiendo de las leyes penales. En tal sentido, sostenía que había ciertos *delitos naturales*, considerando como tales aquellos actos que ofenderían los sentimientos altruistas fundamentales de *piEDAD* (homicidio, lesiones, estupro, etc.) y *probidad* (robo, estafa, falsedades, etc.) que serían sentimientos instintivos propios del hombre social, de las razas humanas superiores (4). Pero la historia y la geografía enseñan que son las normas positivas y no los sentimientos de piedad o probidad los que dan la pauta de lo que es delito, pues las interpretaciones de lo que es piadoso u honrado varían dentro de márgenes por demás amplios: baste pensar en los holocaustos, los sacrificios rituales o la costumbre de dar muerte a los ancianos valedurarios, tal como ocurre en ciertos pueblos primitivos. Si aun en materia de hechos atroces nos encontramos con tal diversidad de apreciación no es de extrañar que, en tratándose de hechos más leves, las variaciones existentes sean infinitas.

No es necesario esforzarse mucho para demostrar la variabilidad histórica de las valoraciones que están en la base de la noción de delito. Baste recordar casos como el de la hechicería, la blasfemia, la herejía, la sodomía—aun entre mayores y sin escándalo público—, antes drásticamente sancionados y hoy tolerados en homenaje a la libertad de conciencia y al respeto por las acciones privadas (5). Es de notar, asimismo, que la gravedad de las valoraciones reprobatorias se encuentran, a su vez, en función de ciertas condiciones o circunstancias sociológicas, económicas, políticas, etcétera, eminentemente variables. Así se acepta, en general, que existe una ley tendencial según la cual la criminalidad, como fenó-

(4) RAFAEL GARÓFALO: *Criminología*, Turín, 1885, pág. 30.

(5) V. GEORGES VIDAL, y JOSEPH MAGNOL: *Cours de Droit criminal*, 9.^a edición, París, 1949, pág. 4.

meno social, pasa cada vez más de formas violentas, musculares, a modalidades de astucia y fraude, de tipo intelectual (6). Como fenómeno reciente, en cierto sentido regresivo, puede señalarse también el hecho de que la generalidad de las naciones contemporáneas se han considerado en la necesidad de reforzar con nuevas y graves incriminaciones el elenco de los delitos contra la seguridad del Estado. Ello no es sólo expresión de concepciones políticas totalitarias: también las democracias occidentales han consolidado en estos aspectos su arsenal represivo, invocando para ello la legítima defensa de sus formas de vida (7).

4. *El fracaso de las teorías que aspiran a establecer distinciones esenciales, absolutas, entre las sanciones penales y las civiles*

Ante la dificultad de lograr una definición esencial del Derecho penal sobre la base de una noción ontológica de delito, otros autores centran su esfuerzo en la búsqueda de un concepto universal de *pena* criminal para luego connotar con ella al Derecho penal. En este orden de ideas cabe señalar, por su general difusión, la teoría que asigna a las sanciones *penales* un carácter *intimidatorio, ejemplarizador, retributivo* (prisión, multa), a diferencia de lo que ocurre con las sanciones *civiles* (entrega judicial de lo convenido, indemnización de daños y perjuicios), que serían de índole *compensatoria, reparatoria, sustitutiva de la prestación* debida (8).

En refuerzo de esta distinción se ha sostenido, asimismo, que las sanciones civiles exhibirían un carácter *racional*, en cuanto se apoyan en una relación de igualdad-identidad o equivalencia—entre el contenido del deber transgredido (entregar una cosa, pintar un cuadro) y el de la sanción (entrega judicial de la cosa, indemnización proporcionada). Por el contrario, las sanciones penales serían *irracionales*, pues la prisión del delincuente nada restituye a la víctima ni admite relación de comparación o proporción con el delito (9).

A nuestro juicio, lo cierto es que, sin perjuicio del valer orientador que presenta la clasificación de las sanciones en compensato-

(6) V. ENRIQUE FERRI: *Sociología criminal*. Madrid, s/f., t. I, núm. 31, página 214.

(7) Es el caso, por ejemplo, del *Internal Security Act*, dictado en 1950 por los Estados Unidos para proteger el país contra *certain-un-american and subversive activities*, y de nuestro paralelo Decreto-ley sobre delitos contra la seguridad del Estado, dictada en 1945 y ampliada posteriormente. (V. ENRIQUE R. AFTALIÓN: *Planificación de la política criminal en la Argentina*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, núm. mayo-agosto, 1954.)

(8) En numerosos fallos nuestra Corte Suprema ha recurrido a este criterio, especialmente para diferenciar las multas penales de las civiles. V. *Fallos*: t. 200, pág. 340; t. 192, pág. 229; t. 171, pág. 366; t. 192, pág. 418.

(9) V. CARLOS COSSIO: *El principio «nulla poena sine lege»*, en el vol. «Teoría de la verdad jurídica», Buenos Aires, 1954, pág. 296. En contra, JESÚS E. PORTO: *Fuentes del Derecho penal*, Eva Perón, 1952, pág. 38.

rias—civiles y ejemplarizadoras—penales, no es posible asignarle un alcance absoluto, pues falla por su base misma, en cuanto que es innegable que toda conminación legislativa de sanciones—incluso de sanciones civiles—ostenta, en mayor o menor grado, un sentido de prevención ejemplarizadora. Por otra parte, tampoco es correcto pensar que las penas criminales se imponen por los jueces al solo objeto de retribuir o intimidar, pues los Derechos penales contemporáneos asignan a la fase de la ejecución penal, cada vez con más precisión, una prevalente misión de corrección, readaptación o resocialización (10). Y por lo que hace a la nota de irracionalidad, es de notar que no sería patrimonio exclusivo de las sanciones penales, pues es patente que también el Derecho civil conmina algunas sanciones que son incomparables con relación a la prestación incumplida: por ejemplo, la indignidad sucesoria con que el artículo 3.291 del Código civil fulmina al homicida del causante, o el divorcio como sanción de la inconducta conyugal (11).

Todo ello sin contar con que, incluso en nuestra legislación, la insolvencia civil ha sido otrora sancionada con una medida tan típicamente ejemplarizadora como la privación de la libertad (prisión por deudas, abolida entre nosotros por la ley número 514, en 1872).

Lo expuesto nos lleva, como natural conclusión, a atribuir un carácter puramente *relativo* a la distinción entre Derecho civil y penal, fundada en el carácter sustitutivo—racional o irracional—de las respectivas sanciones, pues ambas clasificaciones no se superponen siempre. En tales condiciones sólo es posible fundar la distinción entre Derecho penal y civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos.

5: *Caracterización dogmática, contingente, realista, del Derecho penal, el delito y la pena.*

¿Cuáles son, hoy por hoy, esas determinaciones dogmáticas que en general llevan a atribuir carácter penal a un entuerto y a su pertinente sanción? Con el carácter de meras referencias, no exhaustivas ni universales o necesarias, cabe señalar las siguientes:

(10) Acerca del sentido a la vez *retributivo, ejemplarizador y correlativo* de la sanción penal, v. JEROME HALL: *Science and reform in criminal law*, en «Univ. of Pennsylvania Law Review, Filadelfia, núm. abril 1952, pág. 796; ANTONIO QUIÑANO RIPOLLÉS: *Les aspects modernes des institutions pénitentiaires*, «Revue Internationale de D. Pena», París, 1952, núm. 2-3, pág. 261. Más aún: existen incluso casos en que la sanción penal de multa asume, además de su función, diríamos normal, un carácter en cierta medida *reparatorio*: por ejemplo, en materia de control de cambios. También reviste un cierto sentido reparatorio la publicación periodística que en materia de calumnias e injurias pueden disponer los jueces en lo penal.

(11) V. ESTEBAN IMAZ: *Acerca de las sanciones administrativas*, en el volumen *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Buenos Aires, 1954.

1) La expresa inclusión de dichos entuertos y sanciones, específicamente configurados o "tipificados" (12) en un Código penal o en leyes complementarias del mismo, lo que determina la aplicación *directa* de ciertos «principios generales» contenidos por ese código en materia de imputabilidad, condicionalidad de la sanción, reincidencia, prescripción, etc. (13).

2) La aplicabilidad de ciertos standards axiológicos, de jerarquía constitucional, a los que se reconoce carácter típicamente penal: *nullum crimen nulla poena sine lege*, restricción interpretativa, veda de la analogía (14), etc.

3) La aplicabilidad *supletoria* de los principios generales del Código penal, cosa que ocurre en el amplio campo de las *faltas* o *contravenciones*, aunque no estén incluidas en el Código penal y que constituyen lo que se suele denominar *Derecho penal administrativo*—de policía, financiero, impositivo, etc.—, o con más rigurosa expresión, *Derecho penal especial* (15).

4) La aplicabilidad de formas procesales específicas—proceso penal, sumario, preponderante intervención del ministerio público (16)—, regidas también por standards propios (in dubio pro reo),

(12) Es claro que hay mucho de relativo en esta exigencia de que los delitos penales han de ser específicamente definidos o tipificados. Ello es especialmente patente en algunas infracciones de borrosos perfiles, como la vagancia, la mendicidad y los delitos políticos, casos en que, al decir de JEROME HALL, se hace necesaria una cierta «distorsión de las palabras» para admitir que satisfacen aquel requisito. (JEROME HALL: *General principles of criminal law*, Indianápolis, 1947, pág. 48.)

(13) Como ejemplo de la zona gris que existe entre las nociones de Derecho civil y penal, apuntamos alguna vez el siguiente caso: Si un alienado comete un delito específicamente previsto por el Código penal—robo, por ejemplo—, interviene el Juez del Crimen que puede internar al imputado, por aplicación del artículo 34, inciso 1 del referido Cuerpo legal. Si, en cambio, el alienado se ha limitado a «incomodar a sus vecinos», es el juez civil el que puede privarle de su libertad (Código civil, art. 482). Es evidente que entrambas conductas sólo hay una diferencia de grado y que las medidas dispuestas son prácticamente idénticas. (V. ENRIQUE R. AFTALIÓN: *Peligrosidad y existencialismo*, Buenos Aires, 1954, pág. 63.)

(14) Estas referencias son quizá las más contingentes de todas, pues es notorio que se apartaron de ellas los Derechos penales nazi y soviético. Entre la abundante literatura sobre el tema, v. JEROME HALL: *General principles of criminal law*, Indianápolis, 1947, Cap. II (*The principle of legality: Nulla poena sine lege*, trad. esp. en «La Ley», 12-IV-1949); DONNEDIEU DE VABRES: *Politique criminelle des Etats autoritaires*, París, 1938; LUIS JIMÉNEZ DE ASLA: *L'analogie en Droit penal*, en «Revue de Science Criminelle», París, 1940, núm. 2; JEAN GRAVEN: *La conception fondamentale du Droit penal des soviets et des démocraties populaires*, en «Rev. les cahiers du Droit», París, número diciembre 1953).

(15) ENRIQUE R. AFTALIÓN: *El Derecho penal administrativo como Derecho penal especial*, en «Rev. La Ley», Buenos Aires, 1954, incluido en el libro *Derecho penal administrativo*, Buenos Aires, 1955.

(16) Aunque el delito puede atacar los derechos del individuo (integridad física, propiedad, etc.) ello queda preterido por la lesión a los intereses públicos que importa el delito. De aquí que, en principio, la aplicación de las leyes penales no se deja librada ni a la iniciativa ni a la discreción del ofendido: aunque él perdona a su ofensor, *el juicio penal es impulsado de oficio*

y aplicadas generalmente por una magistratura especializada (jueces del crimen, jurados).

5) En lo que se refiere a las sanciones, y en comparación con las sanciones civiles, exhiben, en principio, un mayor énfasis—un *plus*—en los aspectos retributivos y ejemplarizadores, combinando con un sentido correccionalista o readaptador que se hace prevalente en la etapa de la ejecución penal (17).

En conclusión, cabe, pues, afirmar:

a) *Que no es posible formular definiciones universales y necesarias, esenciales, ontológicas, del Derecho penal, el delito y la pena (criminales), por la razón de que se trata, no ya de conceptos jurídicos fundamentales o puros, sino de conceptos empíricos;*

b) *Que sólo es lícito aspirar a definiciones dogmático-contingentes, histórico-axiológicas, con lo que, después del largo excurso realizado, nos encontramos de nuevo en el punto de partida: es Derecho penal, dentro de un Ordenamiento jurídico determinado, el que se refiere a los delitos y las penas (criminales), y son delitos y penas—términos correlativos—aquellos entuertos (no-P) y aquellas sanciones (S) a los que la Comunidad en cuestión—el legislador, la costumbre—asigna tal carácter, reconocible por indicios de la índole de los que hemos enumerado;*

c) *Que el concepto dogmático-jurídico de delito penal—la conducta a la que el ordenamiento vigente imputa una sanción criminal—no debe ser confundido con lo que suele designarse con el mismo nombre por jusnaturalistas, moralistas o sociólogos. Por ejemplo: las valoraciones imperantes en la Argentina consideraban desde tiempo atrás como «delito»—en sentido moral, sociológico—el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Pero tal conducta recién asumió carácter de delito—en sentido estrictamente dogmático-jurídico—cuando, en 1950, la ley núm. 13.944 la configuró como tal. En otros términos: para el jurista no existen acciones «mala in se», sino solamente «mala quia prohibita» (18).*

(Excepción: delitos de acción privada y de instancia privada, Código penal, artículos 71 a 76; Código procesal penal, arts. 14 a 16). De aquí que el Derecho penal sea considerado como una rama del *Derecho público*, atento al carácter eminentemente público de los intereses que tutela y de las sanciones—penas, medidas de seguridad—que impone.

(17) El carácter penal de las sanciones, como la prisión, no se presta a mayores controversias. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de consecuencias pecuniarias. De ahí que en la práctica suele ocasionar dificultades la determinación del carácter—civil o penal—de ciertas multas. En estos casos en que intervienen como elementos decisivos las referencias positivas, mencionadas en el texto, se hace especialmente patente el carácter dogmático-contingente, histórico-axiológico, que asume la cuestión.

(18) Es frecuente sostener que mientras la Sociología o la Criminología suministran una noción *material, sustancial, naturalista* del delito, la definición dogmática, que proporciona el Derecho penal, ha de ser de índole *formal* y abstracta. Ello induce a confusiones. Es claro que toda definición conceptual, por ser objeto ideal, no puede ser sino «formal». Pero, en el caso de la

d) Que, en términos dogmático-jurídicos, siendo correlativos o funcionales los términos delito y pena, ninguno de ellos puede ser definido prescindiendo del otro.

b. *Inclusión del elemento pena en la definición del delito. Análisis y minimización de la noción de tipicidad.*

Tomamos así partido en la ya pesada polémica doctrinaria acerca de si el elemento *pena, sanción penal, punibilidad*, debe o no integrar la definición dogmática del delito (19). Se ha sostenido por muchos (por ejemplo, Ernesto Beling, en Alemania, y Sebastián Soler, en la Argentina) que es un pleonasma, una pura tautología, definir el delito como un acto punible, pues la pena sería una consecuencia del delito y de lo que se trata es de precisar las condiciones que ha de reunir un hecho para que proceda la imposición de dicha pena. Consecuentemente, los que tal sostienen reemplazan la referida definición—pretendidamente tautológica—por otras que prescinden—mejor dicho, que creen prescindir—de toda referencia a la punibilidad. La más difundida de estas definiciones es la sustentada por muchos representantes de la corriente técnico-jurídica, para quienes el delito sería «una acción típicamente antijurídica y culpable».

A nuestro juicio, la precitada definición no sirve para distinguir el elemento penal del civil. En primer lugar, porque las notas de *antijuridicidad* y *culpabilidad* no pueden considerarse definitorias o privativas del ilícito penal, puesto que también aparecen en el ilícito civil: por ejemplo, en el incumplimiento doloso de una obligación contractual. En segundo término, es sólo aparente la eliminación de la nota de *punibilidad*, pues, en el plano de la dogmática jurídico-penal, sólo cabe calificar una acción de antijurídica y culpable si le está imputada una sanción penal, así implícitamente menuda (20). En cuanto a la nota de *tipicidad*,

definición del delito, como lo mentado por el concepto es una conducta humana—cosa real, material, en función de valoraciones tempo-espaciales—, cabe asimismo decir que tiene que ser una definición «material», «realista», incluso en el caso de que se trate de una definición dogmático-jurídica. Sólo que la ciencia del Derecho se interesa por la conducta en su deber ser y no en su ser, como ocurre con la Criminología.

(19) Reiteramos aquí la tesis que ya sustentáramos en 1944 (v. «Rev. del Colegio de Abogados», Buenos Aires, 1944, t. 22, núm. 1, pág. 92) y en 1945 (Acercas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Conclusión 4.^a, y Delito, tipicidad y analogía, «Rev. La Ley», t. 37 y 39, respectivamente, reproducidos en los volúmenes *La escuela penal técnico jurídica*, Buenos Aires, 1952, y *Derecho penal administrativo*, Buenos Aires, 1955).

(20) En un sentido concordante con nosotros, en cuanto a la inclusión de una referencia a la pena, en la definición del delito, puede verse, además del clásico *Tratado* de FRANZ VON LISZT, a ROBERTO VON HIPPEL: *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, t. II, pág. 90; FRANCISCO BLASCO y FERNÁNDEZ DE MORAEDA: *Sobre el concepto del delito como base para la elaboración de la teoría general del mismo*, «Rev. La Ley», t. 67, Buenos Aires, julio-septiembre 1952, § 10 y 12, pág. 854; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito*, «Rev. La Ley», t. 31, julio-septiembre, 1953, § 11.

nada relevante agrega, pues, en última instancia, sólo sirve para indicar: a), que las figuras penales deben ser acuñadas en conceptos que describan con precisión las conductas a que aluden (21)—lo que, en rigor, reza para todas las ramas del Derecho—, por lo que no sirve para distinguir el entuerto penal del civil (22); b), que las figuras penales no deben ser extendidas por analogía a casos no previstos—lo que no es una novedad, sino un principio axiológico loable, pero notoriamente contingente—, ya

pág. 934; ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Nota bibliográfico-crítica al Derecho penal de Carlos Fontán Balestra*, en «Anuario de Derecho Penal», Madrid, septiembre-diciembre 1954, pág. 580; FRANCESCO ANTOLISEI: *Manuale di Diritto penale*, Milán, 1949, págs. 85 y 88.

(21) Lo reconoce, por ejemplo, RICARDO NÚÑEZ: «El tipo es la figura delictiva, pudiendo ser definido con la descripción legal que da la noción de la acción correspondiente a cada delito» (*Los elementos subjetivos del tipo penal*, Buenos Aires, 1943, pág. 7).

Al descartar nosotros la definición del delito como «acción típicamente antijurídica y culpable», superamos algunas insolubles dificultades teóricas planteadas por la teoría de la tipicidad. Así, según BELING, habría acciones que merecen los calificativos de «antijurídicas» y «culpables», pero que no son «delitos» por ser «atípicas». (Ejemplo: el *furtum usus*; v. gr.: el que se pone una prenda ajena para una fiesta.) En cambio, habría acciones «típicas», pero no delictivas por no ser antijurídicas (ejemplo: homicidio en legítima defensa). En todo esto subyace un tremendo confusionismo. Bien está que se califique al *furtum usus* de acción «antijurídica» y «culpable», pero siempre que se advierta que no se trata de una antijuridicidad y una culpabilidad del Derecho penal, sino, en todo caso, de Derecho civil, cuyas consecuencias (restitución, indemnización) no exceden los marcos de esta última rama del Derecho. Tampoco es posible atribuir ningún sentido jurídicamente relevante a la inocua afirmación—también oriunda de BELING—de que un hecho no punible por legítima defensa, puede ser «típico». (ERNST VON BELING: *Esquema de Derecho penal*, Buenos Aires, 1944, pág. 55.)

Otra inaceptable conclusión a que arriba la teoría de la tipicidad consiste en afirmar que cuando no es posible aplicar pena por mediar excusas absolutorias—v. gr., el hurto entre parientes (Cód. penal, art. 185)—ello no sería óbice para calificar a la acción como delito, por ser antijurídica y culpable. Parece evidente que también en este caso la calificación de antijurídica y culpable no puede tener un sentido penal, sino civil. Y no cabe argüir—según se ha hecho—, para abonar la tesis de que tal acto es un delito, con la afirmación de que subsiste la punibilidad de los encubridores o partícipes, pues ello nada prueba. El hecho de que, policialmente hablando, se trate de un solo suceso no significa que—en el plano jurídico-penal—haya una sola acción, un solo delito: la conducta de cada uno de los intervinientes es algo intransferible e independiente, cuyo sentido jurídico no es forzosamente igual al de la conducta de sus colaboradores. (Sobre todo esto, v. ENRIQUE R. AFTALIÓN: *Delito, tipicidad y analogía*, cit., Cap. III.)

(22) La tipicidad es un modo común a todo Derecho, a toda rama del Derecho, en el sentido que todo acto de aplicación e interpretación jurídicas—términos complicados—es un acto de comprensión, pero no de una comprensión libremente emocional (como en la estética, por ejemplo), sino conceptualmente emocional, en cuanto debe irreflexiblemente discurrir por el cauce de ciertos conceptos—figuras, tipos—que le están suministrados e impuestos al juzgador desde fuera por la Comunidad (v. ENRIQUE R. AFTALIÓN: *Crítica del saber de los juristas*, Eva Perón, 1951, pág. 178). Tal es, por lo demás, el papel de las llamadas fuentes del Derecho, esto es, de aquellos hechos, señalables perceptiblemente, que denotan o manifiestan la existencia y vigencia del sentido genérico al cual el intérprete subordina el caso» (ENRIQUE R. AFTALIÓN y JOSÉ VLADOVA: *Las fuentes del Derecho*, «Rev. La Ley», marzo 8 de 1953).

que, sin ir muy lejos, de él prescindien o han prescindido los ordenamientos jurídicos nazi, soviético y algunos Estados de los EE. UU.

Aunque lo expuesto precedentemente es suficiente para descartar la tipicidad como nota esencial característica del delito penal, el auge de que hasta no ha mucho han gozado complicadas constituciones elaboradas sobre su base hace oportuno recordar algunos de los más llamativos argumentos invocados en su favor. Así, se ha dicho que con la tipicidad se expresa la circunstancia de que, en materia penal, un hecho no puede ser delictivo *en general*, sino que debe reunir los extremos de una figura precisa, pues, caso contrario, es impune por caer en la zona o mar de libertad que rodea a los islotes de licitud configurados por los códigos penales. El Derecho penal sería, así, «un sistema discontinuo de ilicitudes» (23), cosa que distinguiría al Derecho penal liberal de los Derechos penales totalitarios. En apoyo de estas tesis se suele destacar, a modo de ejemplo, la «diferencia» que mediaría entre la figura civil del contrato y la figura penal delito: aunque un determinado convenio no reúna los requisitos de la compraventa, la sociedad, el préstamo u otro de los contratos especialmente nominados y reglados por los Códigos civil o comercial, todavía puede ser un contrato válido. En cambio, si no podemos decir qué delito es determinado hecho—hurto, estafa, extorsión, etcétera—, ello significa que no es delito.

A nuestro juicio, ni la afirmación de que el Derecho penal es un sistema discontinuo de ilicitudes, ni la contraposición entre delito y contrato, resisten a un análisis riguroso. Probemos de efectuarlo.

En cuanto a aquello del sistema discontinuo de ilicitudes, corresponde plantearse la siguiente pregunta: ¿Es posible concebir un régimen de Derecho que sea un sistema de ilicitudes continuas? Evidentemente, no. Una primaria intuición nos dice, en efecto, que, en principio toda conducta es lícita (todo lo que no está prohibido está permitido): sólo a un número determinado de esas conductas posibles se les adjudica el sentido de ilicitud y se hacen pasibles de sanción. Por otra parte, es lógicamente evidente que no puede pensarse una ilicitud cualquiera—*penal* o *civil*—sin contraponerla a una licitud, ya que los conceptos «lícito» e ilícito» figuran en la categoría de los que la lógica llama *correlativos*, como los de causa-efecto y padre-hijo. Así, pues, cabe afirmar no sólo del Derecho penal liberal, sino de toda rama del Derecho, con alcance universal y necesario, que es un sistema de ilicitudes machimbradas. Mejor aún: puede decirse que *el Derecho—todo Derecho, toda rama del Derecho—es un sistema continuo de licitud y discontinuo de ilicitudes* (24).

Lo que distingue, en verdad, a los Derecho penales liberales de los totalitarios no es la tipicidad—pues incluso los Derechos totalitarios tienen que acuñar sus ilícitos en «figuras» o «tipos»—, sino la repulsa que los Derechos penales liberales hacen de la analogía, al prohibir extender

(23) SEBASTIÁN SOLER: *Derecho penal*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1945, t. 1, pág. 145; t. 2, pág. 164.

(24) V. ENRIQUE R. AFTALIÓN: *Delito, tipicidad y analogía*, en el vol. *La escuela penal técnico-jurídica*, cit., págs. 107, 108, 122.

y aplicar una figura penal a un caso análogo a los que ella prevé (25). Así, pues, la *tipicidad no es más que un nombre nuevo puesto a una cosa ya vieja*, a una cosa que ya habían percibido muy bien nuestros constituyentes de 1853, que nada sabían de tipicidades. Creer que es la teoría de la tipicidad lo que proporciona sustentáculo teórico al sistema liberal de la restricción interpretativa, importa incurrir en una ingenuidad similar a la del moscardón de la fábula, que se arrogaba la gloria de hacer ascender al carruaje por la empinada senda, porque zumbaba en torno de los caballos atados al vehículo.

En cuanto a la citada comparación entre contrato y delito—hecha para mostrar las diferencias esenciales que entre Derecho penal y Derecho civil introduciría la nota de tipicidad—, lo cierto es que a nada relevante puede conducir. En efecto, la lógica enseña que para que puedan extraerse consecuencias válidas de un proceso de comparación, es indispensable que exista cierta homogeneidad entre las cosas comparadas. ello no ocurre con las figuras *contrato* y *delito*, pues mientras el primero es, dentro del esquema normativo el *hecho antecedente, lícito*, al que está imputada una *prestación* (dado el contrato debe ser el cumplimiento de lo convenido), el delito es, en cambio, el *hecho antecedente, ilícito*, al que está imputada una sanción (dado el delito, debe ser la sanción). En tren de efectuar comparaciones, habría que comparar el delito no ya con aquellas figuras civiles que se limitan a reglar el fondo común de licitud que es consubstancial a todo Derecho, penal o civil (todo lo que no está prohibido está permitido), sino con el ilícito civil. Y, al llegar a este punto, no encontraríamos otros criterios diferenciales que los de índole dogmático-contingente, histórico-analógico, que hemos mencionado más arriba.

(25) ENRIQUE R. AFTALIÓN: *Delito, tipicidad y analogía*, cit., págs. 107, 117, 121, 122, 127.

