

LOS TIPOS PENALES Y LOS ELEMENTOS DE REFERENCIA CONCRETIZANTE

José R. BÉGUELIN* **

Fecha de recepción: 5 de julio de 2019

Fecha de aprobación: 29 de octubre de 2019

Resumen

Algunos artículos de la parte especial del Código penal contienen, además de la conminación penal y del tipo, elementos que no describen la conducta y que, por tanto, no fundamentan el ilícito. Se trata de referencias veladas a otras normas (en especial a agravantes) y tienen la función de concretizar de manera rápida los verdaderos elementos del tipo. Son referencias negativas en el sentido de que su constatación es un indicador, en principio, de que la conducta no se subsume en otra norma vinculada (p. ej., en la agravante). No obstante, la forma en que están redactadas y su ubicación junto a la descripción de la conducta prohibida (p. ej., “con consentimiento” en el caso del aborto; “en poblado” en la agravante del robo) hacen pensar a la doctrina mayoritaria que efectivamente pertenecen al tipo. En el presente trabajo demostraré que, con los métodos teleológico y sistemático de interpretación, es posible identificar estos elementos y comprender por qué no fundamentan el ilícito. A su vez, analizaré las dificultades a las que conduce tomarlos como elementos típicos y me adelantaré a posibles reparos basados en el principio de legalidad.

Palabras clave: tipo penal – interpretación – principio de legalidad – matrimonios ilegales – agravantes del robo – aborto

Title: Offenses and Specific Concretizing Elements

Abstract

Certain offenses in the special part of the Criminal Code contain, in addition to the criminal sanction and the subjective and objective elements of the crime, other elements that do not describe the conduct and therefore do not constitute the legal wrong. These are veiled references to other rules (in particular to aggravating circumstances) and are intended to quickly identify the true elements

* Docente de Derecho penal (UBA). Ex becario DAAD (Univ. de Düsseldorf), ex becario Fulbright (Univ. Columbia de Nueva York). Contacto: jbeguelin@derecho.uba.ar. El autor agradece a Marcelo Lerman (UBA) y a Leandro Dias (Univ. de Wurzburg) por sus comentarios a una primera versión, así como a Alejandra Verde (UTDT) por sus agudas observaciones. Asimismo, hace extensivo su agradecimiento a uno de los árbitros anónimos por sus valiosas críticas.

** Una versión abreviada de este artículo fue presentada oralmente el 15 de noviembre de 2019 en el Congreso de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UBA.

of the offense. They are negative references in the sense that their finding is an indicator, in principle, that the conduct is not subsumed under another related rule (e.g., aggravating). However, the way in which they are worded and their location next to the description of the prohibited conduct (e.g., ‘with consent’ in the case of abortion; ‘in a populated area’ in the aggravating circumstance of theft) make most scholars assume that they do indeed belong to the objective elements of the crime. In this paper I will demonstrate that, with teleological and systematic methods of interpretation, it is possible to identify these elements and understand why they do not constitute the legal wrong. At the same time, I will analyze the difficulties of considering them as elements of the crime and I will anticipate possible objections based on the *nullum crimen sine lege* principle.

Keywords: Offense – Interpretation – Legality Principle – Unlawful Marriage – Aggravating circumstances (Theft) – Abortion

Sumario: I. Introducción; II. Matrimonios ilegales; III. Robo agravado; IV. Aborto; V. Principio de legalidad; 1. Elementos del texto que restringen el poder punitivo; 2. Interpretación restrictiva; VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Ciertas normas penales de la parte especial contienen componentes que, en una lectura rápida, parecen ser elementos típicos, pero a través de la interpretación (principalmente, la teleológica y la sistemática) se demuestra que no lo son, pues solo integran lo que se denomina “tipo del texto”, no así el “tipo de la interpretación”. Por su parte, al “tipo de la interpretación” se llega con la técnica de la “construcción del tipo”,¹ mediante la cual son depurados de la norma penal elementos que no lo integran. A partir del texto de la ley, el intérprete construye el tipo penal.

El tipo del texto es el artículo, el inciso, las palabras que el legislador escribió, mientras que el tipo de la interpretación es únicamente la descripción de la conducta prohibida.² En la mayoría de los casos, existe coincidencia entre ambos: el tipo del texto solo contiene una descripción de la conducta prohibida. Entonces, el método es útil para todo texto de una ley penal que presente elementos que, en los resultados, no fundamentan el ilícito, es decir, es un método generalizable, por tanto la cuestión en sí misma podría ser considerada como problema de parte general. No

¹ Al respecto, cf. SANCINETTI, *Casos de derecho penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 60 ss. y p. 28, nota 13.

² Cf. SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 139, nota 36.

obstante, en razón de que, en definitiva, dependerá del tipo penal en concreto si presenta o no tales elementos y que, además, cada análisis remite a la discusión específica acerca de los elementos particulares del delito, al bien jurídico protegido, al fin de protección de la norma, etc., puede ser reputado como problema de parte especial.

Que los artículos de las leyes penales no contienen solamente una descripción de la conducta prohibida —la conducta que es disvaliosa por su potencial de afectación a un bien jurídico— queda claro tan pronto como se repasa la parte especial de los códigos penales. En el caso del argentino, p. ej., en primer lugar, la pena no forma parte de la conducta, pese a estar prevista en el artículo. En segundo lugar, los artículos también incluyen, en ocasiones, reglas de concursos, como cuando el art. 79, CP introduce a continuación del tipo penal la siguiente regla: “*siempre que en este código no se estableciere otra pena*”. Pero aun cuando uno se concentra en la descripción de la conducta propiamente dicha, en ciertos casos se hallan elementos que si bien la describen, no es cierto que describan la conducta *prohibida*. A modo de ejemplo, la redacción del art. 79, CP (el homicidio *simple*) bien podría ser la siguiente: “el que matare a otro *sin que concurriere alguna de las circunstancias agravantes* del art. 80”. Esta técnica no sería criticable en sí misma: en efecto, el § 212 del Código Penal alemán, referido al homicidio doloso simple,³ contiene una referencia similar al asesinato: “(1) Será reprimido como homicida, con pena de privación de la libertad no menor a cinco años, quien *sin ser asesino* mate a una persona”. Estas posibles descripciones de la conducta serían correctas, pero no describirían únicamente la conducta *prohibida*, pues lo prohibido, lo que afecta al bien jurídico vida, es únicamente matar a otro. Que no concurran circunstancias agravantes no es algo que esté prohibido ni que afecte a la vida como bien jurídico. Si el art. 79, CP estuviera redactado así, el jurista tendría que interpretarlo de tal manera que el *tipo de la interpretación* solo incluyera la parte que reza: “el que matare a otro”. Lo demás sería un “elemento de referencia concretizante”⁴ que no integraría el tipo penal, es decir, no formaría parte de la conducta prohibida. Al fin y al cabo, el concepto de tipo penal en sentido estricto “se refiere sólo a las circunstancias de hecho que

³ La doctrina dominante en Alemania considera que el § 212 es el tipo básico de los homicidios dolosos, cf. WESSELS / HETTINGER / ENGLÄNDER, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 42.^a ed., Heidelberg, Müller, 2018, § 2, n.º 84; para una opinión minoritaria, GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 369 ss.

⁴ Esta denominación está basada en la idea de OTTO, *Manual de derecho penal* (trad. de José Béguelin), 7.^a ed., Barcelona, Atelier, 2017, p. 87, que será desarrollada *infra*.

fundamentan el ilícito” y “su núcleo tiene que ser —en los delitos de acción— la descripción de la acción prohibida”.⁵

Hechas estas aclaraciones previas, analizaré tres casos de textos legales que contienen tales elementos de referencia. Pese a que, según se verá, no integran el tipo de la interpretación —no son parte de la conducta prohibida o mandada—, son leídos por la doctrina como si la integrasen, lo que conduce luego a dificultades de interpretación. En primer lugar me referiré al caso de los matrimonios ilegales, luego a ciertas agravantes del robo y, por último, al aborto. A través del estudio de estos tres casos desarrollaré el concepto de “elementos de referencia concretizante”, en contraposición a los puros elementos típicos, que son aquellos componentes que describen (parte de) una conducta con aptitud para afectar un bien jurídico, y presentaré reglas sencillas para detectarlos.

II. Matrimonios ilegales

El delito de matrimonios ilegales del Código Penal argentino ya no tiene relevancia práctica⁶ —aunque, desde luego, que la tenga o no es contingente—, pero por sus características es paradigmático respecto de los problemas de construcción del tipo penal. Está previsto en el art. 134, CP con la siguiente redacción: “Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio *sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta*”. La primera pregunta que debe formularse aquí es: ¿qué es lo disvalioso de esta conducta? La respuesta es sencilla: contraer matrimonio mediando impedimento que causa nulidad absoluta. No interesan ahora las cuestiones relativas a esos impedimentos, que están previstos en el Código Civil y Comercial, pero, solo a modo de ejemplo, un impedimento que causa nulidad absoluta es el de ligamen: la circunstancia de que uno de los contrayentes ya esté casado con otra persona (art. 403, inc. d, CCC). Si con conocimiento de tal impedimento una persona contrae nuevo matrimonio mientras subsiste el anterior, realizará la conducta prohibida.

Mas, si se lee con atención el tipo del texto, enseguida se da con un elemento que no integra el tipo objetivo, sino el subjetivo, y es el que dice “sabiendo ambos”. Ese conocimiento (tipo subjetivo)

⁵ STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible* (trad. de Manuel Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2005, § 8, n.º m. 1.

⁶ Ya MOLINARIO señalaba: “hace años que nadie pone empeño en cometer este delito”, ÍDEM, *Los delitos*, Buenos Aires, TEA, 1996, p. 516. Independientemente de si es o no efectivamente cometido, las búsquedas jurisprudenciales al respecto arrojan resultados negativos en las últimas décadas.

tiene como marco de referencia únicamente el impedimento (tipo objetivo). Una aclaración de este estilo (“sabiendo ambos”) en general tiene cierto valor adicional, pues de otra manera no sería necesaria, dado que, según la técnica legislativa del Código Penal argentino, ante la falta de especificaciones en el tipo subjetivo es requerido el dolo.⁷ ¿Qué sentido puede tener, entonces, esta aclaración? En general, la expresión “sabiendo” o “a sabiendas” implica que no es suficiente el dolo básico (el eventual)⁸, sino que uno de los elementos del dolo es agravado; en el caso, el elemento cognitivo. Cuando se introducen estos elementos en el tipo penal no basta con la mera representación de que existe una probabilidad (suficiente para fundar el delito doloso), sino que se requiere conocimiento seguro: dolo directo de segundo grado.⁹ Entonces por un lado, este elemento adicional agrava las exigencias respecto del dolo, que solo se satisface si es constatado en el caso el dolo directo de segundo grado. El que contrae matrimonio teniendo dudas acerca del impedimento no realiza el tipo penal —por falta de tipo subjetivo—, dado que para que su conducta sea típica es necesaria la concurrencia de conocimiento seguro referido al impedimento. Pero, por otro lado, el texto legal no dice solamente “sabiendo”, sino que dice “sabiendo *ambos*”. Y aquí comienza el problema de la construcción del tipo.¹⁰ ¿Por qué se requeriría que ambos contrayentes supieran del impedimento? La pregunta que hay que hacerse es: ¿Qué pasaría si solo uno lo supiera? Y la respuesta natural es que, en ese caso, la conducta sería más grave. En efecto, el artículo siguiente, el 135, inc. 1.º, CP castiga “con prisión de dos a seis años: al que contrajere matrimonio cuando, *sabiendo* que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente”.

En esta agravante se repite el especial elemento subjetivo del ilícito, el conocimiento seguro referido al impedimento (“sabiendo”), solo que aquí ya no está acompañado del elemento “ambos” y, además, se agrega el elemento “ocultare”. Solo uno de los contrayentes conoce el impedimento y se lo oculta al otro. Si la agravante consiste en engañar al otro contrayente, entonces puede

⁷ Cuando el tipo penal es imprudente, la ley contiene elementos tales como “imprudencia”, “negligencia”, “impericia en su arte o profesión”, etc.

⁸ Así, HILGENDORF / VALERIUS, *Derecho Penal, Parte General* (trad. de Leandro Dias / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, § 4, n.º m. 80: “Cuando la ley no requiere expresamente la intención (son características, en esa medida, formulaciones como ‘... para...’, ‘con la intención de...’) o el actuar a sabiendas (por ej., ‘de mala fe’ o ‘a sabiendas’), basta el *dolus eventualis*, para afirmar que hay dolo”.

⁹ Respecto de la categoría de “dolo directo de segundo grado”, también conocida como “conocimiento seguro o a sabiendas”, véase FRISTER, *Derecho penal, Parte general* (trad. de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2016, cap. 11, n.º m. 13; HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 8, §4, n.º 79; OTTO, *supra* nota 4, p. 142, entre otros.

¹⁰ He desarrollado el problema específico de este tipo penal en: “La cuestión de la construcción del tipo en los delitos de matrimonios ilegales”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 9/2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp.1507-1515.

inferirse que, al menos en situaciones normales, en el tipo básico no habrá engaño. Por tanto, en la figura simple *ambos* contrayentes saben del impedimento.

Pero si se pasa por el tamiz de la interpretación esa redacción que ha escogido el legislador y se pregunta cuál es el bien jurídico lesionado en el tipo básico y cuál en la agravante, se verá que el elemento “ambos” no integra la conducta prohibida. Cuando se contrae matrimonio ilegal básico se lesiona, según la doctrina dominante, un bien jurídico que es denominado “régimen jurídico matrimonial”, o “matrimonio como acto jurídico”, etc.¹¹ También se considera que el bien jurídico lesionado es el estado civil.¹² En todo caso, cualquiera que sea el bien jurídico afectado —matrimonio como acto jurídico o estado civil—, en la agravante se agrega un contenido de ilícito adicional que lesiona otro bien jurídico: la autonomía del otro contrayente, o bien su buena fe,¹³ porque en razón del engaño del cual es víctima no puede decidir libremente respecto de celebrar un matrimonio que objetivamente es ilegal.

Entonces, ¿qué es lo que afecta el estado civil o el matrimonio como acto jurídico en el tipo básico? Precisamente, la decisión de contraer matrimonio con consciencia de que existe impedimento que causa nulidad absoluta. Es una decisión de actuar en contra del régimen jurídico matrimonial. Pero el hecho de que el contrayente B también sepa del impedimento no le agrega

¹¹ MIR PUIG, Santiago, “Matrimonios ilegales en el Código penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 27, Fasc/Mes 3, 1974, p. 473; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 4.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 175; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014, § 172, n.º m. 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27.ª ed., Múnich, Beck, 2006, § 172, n.º m. 1, quien afirma que el fin del precepto alemán —que únicamente prohíbe la bigamia— solo puede ser el de impedir el estado ilegal consistente en que coexistan dos matrimonios formalmente válidos; NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1964, p. 407; ÍDEM, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Córdoba / Buenos Aires, Lerner, 1976, p. 157: “En este capítulo la ley penal reprime los atentados contra la legalidad del matrimonio civil”; CREUS / BUOMPADRE, *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 272; DIEDRICH / DIVITO, en D’ALESSIO (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 303; BREGLIA ARIAS / GAUNA, *Código penal y leyes complementarias*, 6.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 1131; DONNA, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-A, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 20; CASTRO, en RIQUERT (dir.), *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Erreius, 2018, p. 877; MOLINARIO, *supra* nota 6, p. 509.

¹² SOLER, *Derecho penal argentino*, 4.ª ed., t. III, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 376; GÓMEZ, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940, n.º m. 698; probablemente también NAVARRO/RAÑA en BAIGÚN / ZAFFARONI, *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 3, ss.; TAZZA, *Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 486.

¹³ SOLER, *supra* nota 12, p. 387.

nada de ilícito a la conducta del contrayente A.¹⁴ Al contrario, si el contrayente B no lo supiera, entonces solo en ese caso se agregaría un mayor contenido de ilícito en la conducta de A (por supuesto, si además A hubiera “ocultado” tal circunstancia). Si se aplica este filtro, se obtiene como resultado que el tipo del texto contiene el elemento “ambos” (en la parte de: “sabiendo *ambos*”) y el tipo de la interpretación solo contiene el elemento “sabiendo”. El único sentido que tiene la palabra “ambos” es el de ser un elemento de referencia concretizante, más precisamente, una referencia negativa a la agravante. También es una referencia negativa a la agravante el ya mencionado componente “*sin ser asesino*” del § 212 del Código Penal alemán. Son elementos que hacen referencia negativa a agravantes o a otras conductas para que sea más sencillo captar cuál es la conducta castigada. Pero siempre hay que tener en cuenta que una negación nunca integra un concepto. Esto se debe, en palabras de OTTO, a que la “*ausencia de algo nunca puede ser un elemento de un concepto, sino que puede ser únicamente una referencia concretizante de una situación de hecho ya conocida*”, lo que luego es explicado con el siguiente ejemplo: “el enunciado de que alguien ha retirado una silla y un armario de una habitación es suficiente para que aquel que sabe que antes había allí una silla, un armario y una mesa fundamente su conocimiento de que ahora solo queda la mesa en la habitación. Si no lo sabe, la referencia de que la silla y el armario han sido retirados no le aporta ningún conocimiento sobre la presencia de la mesa”.¹⁵ Trasladado a esta discusión, se trata de la negación o la falta de afectación de un bien jurídico o, dicho con otras palabras, la negación o falta de un elemento que describa la conducta prohibida.¹⁶

En el caso de los matrimonios ilegales, el componente “ambos” es un indicador para el lector de que en el supuesto normal del delito básico ambos contrayentes conocerán el impedimento y que en el supuesto normal de la agravante uno solo lo conocerá y se lo ocultará al otro. Pero que el caso normal sea así, no significa *per se* que todo otro caso anómalo no sea punible. Son casos anómalos los de error de tipo y los de tentativa (estos últimos pueden ser vistos como casos de error de tipo al revés). La anomalía viene dada por el hecho de que falta algún elemento típico para que el tipo penal esté completo. En el error de tipo, el aspecto objetivo está completo, mientras que el

¹⁴ Tampoco se advierten razones para suponer que solo la acción conjunta de ambos contrayentes tuviera capacidad para afectar el bien jurídico, o que únicamente fuera necesario, por razones de política criminal, castigar el mayor grado de ilícito representado por la intervención plural delictiva, dado que la acción del autor único también es punible (p. ej., en el art. 135, inc. 1.º, CP).

¹⁵ OTTO, *supra* nota 4, p. 87.

¹⁶ En el caso concreto, esa negación puede no estar expresada en término negativos. Así, en el aborto, según se verá *infra*, la falta está expresada positivamente: “con consentimiento”. Pero el elemento “con consentimiento” indica que *no está presente* —es decir, que falta— la afectación al bien jurídico “voluntad de la mujer”.

subjetivo está incompleto. En la tentativa, o error de tipo al revés, el tipo subjetivo está completo, mientras que el objetivo está incompleto. En estos casos de anomalía, la punibilidad no queda descartada sin más ni más, pues la tentativa, salvo excepciones, es punible según el Código Penal argentino y el error de tipo sobre el tipo básico doloso puede conducir, dado el caso, a la responsabilidad por imprudencia;¹⁷ y si el error de tipo recae sobre la agravante, subsiste la responsabilidad dolosa por el delito básico.

Esta aclaración es relevante porque tentativa y error de tipo representan aquellos casos anómalos en los que también puede ser punible el autor. El artículo referido al delito básico de matrimonios ilegales está redactado de tal manera que contiene un elemento que no forma parte del tipo penal (tipo de la interpretación), sino que solo es parte del texto. Y está redactado así, según se ha visto, a modo de referencia negativa a la agravante, o referencia concretizante. Pero solo en los casos normales será correcta esa descripción del tipo del texto, solo allí describirá correctamente la situación de hecho del caso concreto: cuando estén completos el tipo objetivo y el subjetivo de ambos contrayentes que cometen el delito básico. En esos supuestos será cierto, pero a la vez irrelevante desde la perspectiva jurídico-penal, que ambos contrayentes saben del impedimento. Es irrelevante porque lo único que interesa a los efectos del contenido de ilícito de la conducta es que cada uno sepa —por separado— del impedimento;¹⁸ es importante que el tipo subjetivo de cada contrayente esté completo para que *cada* contrayente sea punible. Si el contrayente B desconoce el impedimento, todavía no es posible afirmar que el contrayente A haya realizado el tipo agravado. Con esa información la conducta de A se sigue manteniendo en el tipo básico, en razón de que falta constatar que A haya ocultado la información.

Para entender cuál es la importancia de todo esto es necesario hacer primero una referencia a la interpretación que de este tipo penal hace la doctrina argentina. Por empezar, el tipo básico es denominado *matrimonio ilegal bilateral* y el agravado, *matrimonio ilegal unilateral*.¹⁹ Así, se estructura toda la interpretación en el único elemento que no integra el tipo penal y a partir de allí se lo construye. Esto es incorrecto. La bilateralidad no es una característica del tipo básico y la

¹⁷ Esto, desde luego, vale en general para la teoría del derecho penal, pero no para el delito analizado aquí, que solo prevé el tipo doloso.

¹⁸ Respecto del análisis de casos, es importante recordar que “aun cuando aparezcan personas como coautores, su punibilidad, en principio, debe ser analizada *separadamente*”, HILGENDORF / VALERIUS, *supra* nota 8, § 9, n.º 85.

¹⁹ NÚÑEZ, *supra* nota 11, p. 408; CREUS / BUOMPADRE, *supra* nota 11, p. 272; DONNA, *supra* nota 11, p. 20; NAVARRO / RAÑA, *supra* nota 12, p. 15; TAZZA, *supra* nota 12, p. 491; CASTRO, *supra* nota 11, p. 877; BREGLIA ARIAS / GAUNA, *supra* nota 11, p. 1131.

unilateralidad tampoco lo es del agravado, según veremos a continuación. Por bilateralidad, la doctrina entiende que ambos contrayentes tienen que saber que se da el impedimento, y que si uno no sabe, entonces no puede darse un matrimonio ilegal básico.²⁰ Por unilateralidad, se considera que uno solo de los contrayentes debe saber del impedimento y el otro no; es decir, que se trata de un matrimonio ilegal agravado y que no puede darse uno básico.²¹

En contra de esto, que la conducta sea “bilateral” o “unilateral” es una contingencia no exigida por el tipo penal. Solo si uno interpreta a la ligera aquel elemento de referencia concretizante que es la palabra “ambos” como si fuera un verdadero elemento del tipo, entonces tendría sentido la interpretación que hace la doctrina, que según mi punto de vista es incorrecta. Sométase el tipo penal a casos de error y se hará más visible el problema.

Ejemplo 1: A contrae matrimonio con B sabiendo que subsiste su matrimonio anterior (el de A) con otra persona. A cree que B sabe de este impedimento y que aun así B quiere contraer matrimonio con A. Pero en realidad, B no sabe nada del impedimento.

Respecto de la agravante, podría haber consenso en general acerca de que A incurre en un error de tipo sobre la ignorancia de B, o acaso se podría decir, ya en el aspecto objetivo de la agravante, que A no ha “ocultado” el impedimento, si es que se considera que el “ocultar” exige, p. ej., algún acto positivo. (Esto, no obstante, remite a la interpretación del elemento “ocultare”, que bien puede darse por omisión.) Pero, ¿qué sucede con el tipo básico? Según la doctrina ampliamente mayoritaria, este contiene el elemento “ambos” (en “sabiendo ambos”). Entonces respecto del básico, en el caso del ejemplo la doctrina afirmaría que no está completo el aspecto objetivo y que, si acaso, podría haber una tentativa inidónea o que la conducta sería directamente impune. En cambio, con una interpretación correcta del tipo penal —y correcta significa que tome en consideración que solo puede ser punible una conducta con aptitud para lesionar un bien jurídico— el tipo básico está completo. Lo único que el tipo básico describe, y que puede describir si se lo interpreta conforme al principio de reserva, es que una persona contraiga un matrimonio ilegal con conocimiento del impedimento que causa nulidad absoluta. El principio de reserva es relevante

²⁰ Así, p. ej., DONNA, *supra* nota 11, p. 39 s.

²¹ Aunque, en verdad, no son tratados como delito básico y delito agravado, sino que son considerados tipos penales autónomos, según se verá enseguida; cf. CREUS / BUOMPADRE, *supra* nota 11, p. 277; probablemente DIEDRICH / DIVITO, *supra* nota 11, p. 311.

porque solo permite castigar conductas que “perjudiquen a un tercero”²², en los términos del art. 19 de la Constitución Nacional. Al legislador y al juez les está vedado punir aquello que no perjudica a terceros. Y, desde el punto de vista de A y su ilícito personal, la circunstancia de que *el otro contrayente (B) conozca el impedimento* no perjudica a ese contrayente B ni a nadie, por lo tanto no puede integrar la conducta prohibida de A.²³ Precisamente, si el otro contrayente también conoce el impedimento, está consintiendo en ese matrimonio ilegal. Y si hay consentimiento no puede haber afectación del bien jurídico “autonomía”. Solo habrá afectación del bien jurídico “matrimonio como acto jurídico” o “estado civil”.

En el universo de casos de los matrimonios ilegales, o bien son simples porque únicamente se afecta el bien jurídico “matrimonio como acto jurídico”, o bien son agravados porque además se afecta la autonomía del otro contrayente. La doctrina en general no lo interpreta así y entiende que son figuras que no tienen una base común; no se reconoce una relación de tipo básico a tipo agravado, pues se considera que en el primer caso se realiza un delito en cuya base se halla la “bilateralidad”, mientras que en el segundo la base es la “unilateralidad”.²⁴ Esto se debe al error de considerar que la palabra “ambos” integra el tipo de la interpretación y no solamente el del texto. En cambio, el universo de casos de matrimonios ilegales podría ser dividido en matrimonios ilegales con consentimiento del otro contrayente y matrimonios ilegales sin consentimiento del otro contrayente.²⁵ Con esto, se da la misma estructura de la redacción imaginaria del art. 79, CP, esto es, el homicidio *simple*: “el que matare a otro *sin que concurriere alguna de las circunstancias agravantes* del art. 80”. Sería irrazonable entender que este artículo así redactado contendría un elemento que los homicidios agravados necesariamente no contienen, y que entonces no sería posible afirmar una relación de tipo básico a tipo agravado.²⁶

²² No en un sentido liberal e individualista a ultranza, sino en un entendimiento tradicional del principio de reserva, según el cual se afecta a un tercero tanto a través del menoscabo de un bien jurídico individual, como de uno supraindividual. Déjese de lado aquí si para ello es necesario recurrir también a los altamente problemáticos “orden y moral pública” del mismo art. 19, CN.

²³ Autónomamente, el conocimiento de B sí perjudica la institución matrimonial y fundamenta su propio ilícito, pero no por la vía indirecta del ilícito de A.

²⁴ Véase *supra* notas 19 y 21.

²⁵ Esto no significa que aquí se proponga implantar en la redacción de la norma el elemento “con consentimiento”. Se trata tan solo de una clasificación. Respecto de los problemas que provocaría la introducción de una redacción semejante en el tipo del texto, véase *infra*, IV. Aborto.

²⁶ Desde luego que esto es válido si y solo si uno considera que la relación es de tipo básico a tipo agravado. Si, en cambio, uno considerase, mediante una interpretación alternativa, que la supuesta agravante no es tal, sino que en verdad es una

Piénsese ahora en otro caso de error. Se trata aquí del error de tipo al revés (tentativa).

Ejemplo 2: A sabe que todavía subsiste su matrimonio anterior, pero quiere casarse con B. Por miedo a que B no acepte el enlace en esos términos, le oculta esta circunstancia. Sin embargo, B sí conoce el impedimento.

Para la mayoría de la doctrina, con relación a la agravante hay una tentativa (inidónea), porque A intentó ocultarle la circunstancia impediendo a B, pero esto nunca fue posible dado que B ya la conocía.²⁷ Y esta situación conduciría, para parte de la doctrina argentina, a que la tentativa no fuera punible.²⁸ Veamos qué sucede con el tipo básico: la mayoría de la doctrina afirma que están dados los elementos típicos básicos, en razón de que ambos contrayentes conocen el impedimento, pero niegan el tipo subjetivo, porque A no sabía que estaba realizando el tipo básico —entendido como si contuviera el elemento “ambos”—.²⁹ Entonces así se llega a una solución contra-intuitiva, según la cual A contrajo un matrimonio ilegal y además intentó ocultarle esta circunstancia a B, pero resulta que toda la conducta es impune. Una conducta, por cierto, que es aún más grave que contraer matrimonio ilegal “sabiendo ambos”. Si se interpreta correctamente el tipo penal, se debería concluir que A sí realizó el tipo básico, porque lo único que exige el tipo básico es contraer un matrimonio ilegal a sabiendas del impedimento. Y esto es algo que A efectivamente hizo. Solo queda abierta la cuestión de la tentativa (inidónea) respecto de la agravante.

A modo de conclusión intermedia, el tipo del texto del art. 134, CP contiene el elemento “ambos”, mas este no forma parte del tipo de la interpretación, no describe la conducta prohibida.

figura autónoma, ya no se aplicaría la regla, pues esta regla no tiene pretensión de validez respecto del contenido, sino de la forma. Para el caso alemán, respecto del asesinato como tipo penal básico y del homicidio como tipo privilegiado, cf. GRÜNEWALD, *supra* nota 3, pp. 369 ss.

²⁷ Respecto de las diferentes propuestas de solución de la doctrina expresadas en este párrafo, cf. la exposición en DONNA, *supra* nota 11, pp. 39 s.

²⁸ Cf. ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 832: “Hay supuestos de *tentativa aparente* —en que directamente no hay tentativa— por *ausencia de tipo* o, más certeramente, *ausencia de tipicidad (sistemática)* que pueden presentarse (α) cuando *falta algún elemento del tipo legal* o sistemático (*ausencia de tipo en sentido estricto*), (β) cuando falta la cosa elegida como medio (*atipicidad por falta de medio*); y (γ) cuando *ex ante* el medio elegido carece en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho (*atipicidad por falta de medio idóneo*)”. Respecto de la opinión contraria, p. ej., BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2012, n.º m. 937 ss. Véase también FRISTER, *supra* nota 9, cap. 23, n.º m. 3.

²⁹ Ver referencias en nota 27.

El único sentido que tiene la palabra “ambos” es el de ser un elemento de referencia concretizante, más precisamente, una referencia negativa a la agravante.

III. Robo agravado

Esta tensión que se suscita entre el tipo del texto y el de la interpretación aparece también en otros tipos penales. SANCINETTI ha estudiado en profundidad muchos de estos casos y también ha advertido respecto de otros.³⁰ Veamos el caso de las agravantes del robo.³¹

El art. 167, inc. 2.º, CP conmina con pena de prisión de tres a diez años los robos cometidos “en lugares poblados y en banda”. Por su parte, el art. 166, inc. 2.º, CP prevé la siguiente agravante: “Si el robo se cometiere... en despoblado y en banda”, conducta que es reprimida con prisión de cinco a quince años. Existe consenso respecto de que el elemento “banda” afecta más intensamente el bien jurídico protegido, porque la agresión es más peligrosa.³² El elemento “despoblado” también afecta más intensamente el bien jurídico, dado que la víctima está más desprotegida en lugares despoblados que en lugares poblados.³³ Pero, ¿qué pasa con el elemento “en poblado” del art. 167, CP? ¿Se afecta más intensamente el bien jurídico “propiedad” cuando el robo se produce “en poblado”? La respuesta es clara: no. Si ante la concurrencia del elemento “despoblado” la pena es más alta —precisamente por el mayor contenido de ilícito de la conducta— entonces no puede ser cierto que el robo en poblado también agrave el robo simple, pues ambos incisos tienen en común el componente “banda” y lo único que los diferencia es lo tocante a la población. Esto también puede explicarse con la ya mencionada regla del tercero excluido (*tertium non datur*). De *lege lata*, en el territorio de la República Argentina solo hay lugares poblados y lugares despoblados, nada más. No existe una tercera variante. Por tanto, el delito básico de robo necesita de un lugar (“neutro”) en el que pueda ser cometido. No podría ser que *siempre* fuese agravado en función del lugar, dado que así se negaría la existencia de un tipo básico. ¿Dónde se comete, entonces, en casos *normales*³⁴ el

³⁰ A modo de ejemplo, véanse los casos de estupro y violación y de apropiación de cosa perdida y hurto en SANCINETTI, *supra* nota 2, pp. 107 ss. y 197 ss., respectivamente. Acerca del caso de los matrimonios ilegales, véase ÍDEM, *Casos de Derecho Penal*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 185, caso “Impedimento matrimonial”.

³¹ Véase SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 28, caso “El pueblo artificial”.

³² AVACA / IRIARTE / MARUM, en D’ALESSIO (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 610: “mayor poder vulnerante de la actuación de la banda (pluralidad de los agentes)”. Podrían ensayarse otras legitimaciones para esta agravante, pero no vienen al caso.

³³ SOLER, *supra* nota 12, t. IV, p. 290, explica: “Su razón de ser consistía en la disminución de las posibilidades de defensa, derivadas de la sola circunstancia de la dificultad de recibir socorro de otras personas”.

³⁴ En el sentido de los casos normales y de las anomalías desarrollado *supra*.

robo básico? En lugares poblados. En efecto, no existe un robo agravado solo por haber sido cometido en lugares poblados. Aquí estamos en presencia de un elemento (el “poblado”) que únicamente integra el tipo del texto, pero no el de la interpretación. Otra vez, se trata de un elemento de referencia negativa o de referencia concretizante. Es una referencia a la agravante del despoblado. Le recuerda al lector que existe otra agravante aún más grave, que además del elemento “banda” contiene el elemento “despoblado”. Pero la mera referencia negativa, el elemento “poblado” (o “no despoblado”), no puede formar parte de la conducta prohibida, por la regla de que solamente puede ser prohibido aquello que tiene aptitud para perjudicar a terceros, o para perjudicar más intensamente a terceros. Y al tercero no lo afecta en nada la circunstancia de que el robo sea cometido en la ciudad, sino que lo que lo afecta es el robo en sí mismo. En cambio, si el hecho es cometido en despoblado, el tercero está en peores condiciones de defensa y es afectado más intensamente. En resumen, el tipo de la interpretación del art. 167 del Código Penal no reza “en poblado y en banda”, sino solamente “en banda”. El problema puede ser sometido a un caso de error:

Ejemplo 3: A, B, C y D le quitan pertenencias, con golpes y amenazas, a una persona que pasea por un estudio cinematográfico emplazado en un despoblado, que simula la construcción de varias casas antiguas. Solo A desconoce que se trata de un estudio y cree que efectivamente es un lugar poblado.³⁵

Respecto del elemento agravante “despoblado” (art. 166, inc. 2.º, CP), A no tiene dolo. A falta de tipo subjetivo (y de un respectivo precepto imprudente), su conducta es atípica con relación a esta circunstancia agravante. En lo atinente al art. 167, inc. 2.º, CP (“en lugares poblados y en banda”), si se considera que el componente “en lugares poblados” efectivamente integra el tipo (de la interpretación) y, por tanto, la conducta prohibida, entonces la acción de A resultaría objetivamente atípica, dado que en la realidad no se trataba de un “lugar poblado”. Por cierto, con esto decaería también el elemento “en banda”, en razón de que la agravante contiene la conjunción copulativa “y”. Solo subsistiría una tentativa (inidónea) de robo agravado “en poblado y en banda”.³⁶ En cambio, si se toma en consideración que el elemento “en lugares poblados” referido en este artículo no implica ningún contenido de ilícito, de tal manera que no puede afectar ningún bien jurídico, sino que simplemente constituye una referencia concretizante a la agravante por “despoblado”, entonces varía la solución. Dado que el único elemento que integra el tipo de la

³⁵ Tomado del caso “El pueblo artificial”, de SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 28.

³⁶ Desde luego que en el caso del ejemplo la responsabilidad por el tipo básico, esto es, robo simple, no presenta dificultades.

interpretación es el componente “en banda”, y que efectivamente el robo fue cometido en banda y con conocimiento de tal circunstancia por parte de A, entonces la agravante del art. 167, inc. 2.º, CP está completa tanto en su faz objetiva como subjetiva.

IV. Aborto

En lo que aquí interesa, el Código Penal argentino, en su redacción actual, distingue entre abortos simples y abortos agravados por haber sido cometidos en contra de la voluntad de la mujer.³⁷ Se establece una pena de prisión de uno a cuatro años para el aborto “con consentimiento de la mujer” (art. 85, inc. 2.º, CP) y una de tres a diez años para el aborto “sin consentimiento de la mujer” (art. 85, inc. 1.º, CP). Una vez más, es aplicable la regla del tercero excluido: los abortos pueden ser cometidos con consentimiento de la mujer o sin este; no existe una tercera variante. Siendo ello así y dada la diferencia de la escala penal, necesariamente una de estas figuras tiene que ser la forma básica de cometer el delito y la otra, la agravada.

En el tipo penal básico, el bien jurídico protegido es la vida humana, más específicamente, la destrucción de un feto.³⁸ La agravante del art. 85, inc. 1.º, CP afecta adicionalmente el bien jurídico “autonomía” o “libertad”³⁹ de la mujer. Por tanto, el elemento textual “con consentimiento” nunca podría ser considerado como un elemento típico, dado que no agrega contenido de ilícito a la conducta, en tanto no perjudica a terceros en el sentido del art. 19, CN. Respecto de la conducta de la persona que le practica un aborto a una mujer, no es posible identificar ningún bien jurídico que sea afectado por la circunstancia de que la mujer lo consienta. Entonces esa figura básica, en el tipo de la interpretación, solo puede ser entendida como: “el que causare un aborto”. La circunstancia de que se mencione que es realizado con el consentimiento de la mujer es, una vez más, un elemento de referencia negativa o concretizante que le recuerda al lector que existe un caso más grave que el mero aborto, y es el de obrar en contra de la voluntad de la mujer —sin su consentimiento—. Recuérdese que la falta de algo (en este caso, la falta de afectación al bien jurídico “voluntad de la mujer”) nunca puede ser un elemento de un concepto.

³⁷ Respecto del delito de aborto y la construcción del tipo penal, ver en extenso SANCINETTI, *supra* nota 1, p. 59 ss.

³⁸ SOLER, *supra* nota 12, t. III, p. 10.

³⁹ SOLER, *supra* nota 12, t. III, p. 103: “en semejantes casos, no solamente la ley protege la vida del feto, sino también la libertad y maternidad de la mujer”. En verdad, objetivamente la maternidad también se ve afectada en el aborto simple. La agravante solo menoscaba la posibilidad de la mujer de decidir libremente acerca de si desea o no la maternidad: lesiona la libertad.

La distinción entre el tipo básico y la agravante se torna aún más clara si se toma en consideración que, en caso de que tuvieran éxito los intentos de despenalización, toda conducta de realizar un aborto en contra de la voluntad de la mujer seguiría siendo punible, precisamente por la afectación del bien jurídico “autonomía” (de la mujer). Así, el proyecto de ley que fue tratado en junio de 2018 en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación mantenía casi sin modificaciones el texto vigente:

“Artículo 85. El que causare un aborto será reprimido:

1) con prisión de tres (3) a diez (10) años si obrare sin consentimiento de la mujer o persona gestante (...).⁴⁰

Ejemplo 4: El médico A cree que la embarazada B ha consentido en una interrupción del embarazo que no está indicada médicamente⁴¹ y se la practica. Sin embargo, B no quería interrumpir su embarazo.

Con relación a la agravante, A no tiene dolo, dado que desconoce el elemento “sin consentimiento”. Respecto del tipo básico, si “con consentimiento” es considerado como un elemento típico, entonces el médico, objetivamente, no ha cometido el delito de aborto simple,⁴² dado que la interrupción no se produjo “con consentimiento”. Según gran parte de la doctrina argentina, A sería impune.⁴³ En cambio, si “con consentimiento” es considerado como un mero elemento de referencia concretizante que no integra el tipo de la interpretación, entonces el médico A habría realizado el tipo básico del aborto.⁴⁴

Ejemplo 5: El médico A cree que la embarazada B no ha consentido en una interrupción del embarazo que no está indicada médicamente, pero aun así se la practica. Sin embargo, B sí quería interrumpir su embarazo.

⁴⁰ Texto disponible en: https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/2018/despenalizacion-aborto/noticias_0595.html (enlace verificado el 11 de diciembre de 2019).

⁴¹ Respecto del modelo de la indicación, cf. ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal”, *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 1194 ss.

⁴² Déjese de lado la agravante del art. 86, 1.º párr., CP.

⁴³ Cf. nota 28.

⁴⁴ Que podría no ser punible si se aprobase una ley como la del proyecto citado en nota 40 y el aborto fuera realizado antes de la 15.ª semana de gestación.

En lo atinente a la agravante, si bien A tiene dolo, falta el tipo objetivo, dado que no se ha realizado un aborto sin consentimiento de la mujer. Se da, entonces, una tentativa (inidónea) respecto del tipo agravado, que para un sector de la doctrina argentina sería impune. Con relación a la figura simple, la conducta resulta subjetivamente atípica si “con consentimiento” es visto como un componente del tipo objetivo, dado que A suponía que estaba realizando un aborto “sin consentimiento”, lo que lógicamente niega un “aborto con consentimiento”. Por el contrario, si se considera que “con consentimiento” no integra la conducta prohibida básica, sino que esta consiste simplemente en “causar un aborto”, entonces el tipo básico está completo, dado que la representación de A de que realiza una interrupción del embarazo “sin consentimiento” no es incompatible con su representación de que está “causando un aborto”.

V. Principio de legalidad

Por último, cabe analizar una posible objeción basada en una interpretación —a mi juicio incorrecta— del principio de legalidad. La crítica parte de la base de que la faceta *lex stricta* de tal principio obligaría por regla a restringir el poder punitivo a través de la interpretación del tipo penal, de tal manera que también estaría prohibido tachar elementos del texto que reducen el ámbito de aplicación de la ley penal. El punto de partida puede ser correcto, pero en general viene acompañado de vicios que tornan inválida la crítica.

1. Elementos del texto que restringen el poder punitivo

En primer lugar, se debe revisar si tales elementos *efectivamente* reducen el ámbito de aplicación de la ley penal; si tienen el sentido y la finalidad de reducirla. Para ello, es necesario recurrir a las reglas clásicas de la interpretación, tal como se ha hecho aquí al analizar los tres casos presentados: hay que averiguar el contenido de la norma de prohibición o de mandato mediante el esclarecimiento de los conceptos particulares que la integran.⁴⁵ Si los métodos clásicos de la interpretación (gramatical, histórica, sistemática y teleológica) conducen a una construcción del tipo que no contiene el elemento en cuestión y le asigna otro sentido (como el de ser un elemento de referencia concretizante), entonces ya no se puede predicar que sea un componente que reduzca el ámbito de aplicación de la ley penal. Lo único que podría sostenerse es que *si* tal elemento

⁴⁵ Así, OTTO, *supra* nota 4, p. 55.

integrase la descripción de la conducta prohibida, entonces tendría como consecuencia una reducción del poder punitivo. El problema es que *no lo integra*.

2. Interpretación restrictiva

Para obviar esta objeción se recurre a la primera parte del enunciado que encabeza este acápite, según el cual el subprincipio *lex stricta* obligaría por regla a restringir el poder punitivo a través de la interpretación del tipo penal. De esta manera, sería obligatorio recurrir a alguna interpretación que explicara que el elemento en cuestión sí integra la conducta prohibida. En general, si tal fundamentación del aspecto *lex stricta* fuese llevada a un extremo, debería conducir a invalidar sin más ni más el poder punitivo, puesto que siempre sería hallable alguna lectura (incluso infundada) que redujese el ámbito de aplicación de un tipo penal, aun hasta arrasarlo. Si ese fuera el mandato correcto, se debería avalar toda interpretación, por incoherente que fuera, que tuviera por efecto reducir el ámbito de aplicación de la ley penal. Ulteriormente, conduciría a la desaparición de toda expresión del poder punitivo, un resultado que sus propios defensores no estarían dispuestos a aceptar.

La idea de que el principio de legalidad manda interpretar los tipos penales de manera restrictiva no es en sí misma errónea. Sucede que falta un pequeño ajuste: un correctivo que indica que la regla debe ser leída en el sentido de que, ante dos o más soluciones igualmente sostenibles según los principios fundamentales del derecho penal, se ha de preferir la solución más favorable al reo.⁴⁶

En particular, en los supuestos que hemos visto, entender que los elementos de referencia concretizante integran el tipo penal solo conduce a reducir el ámbito de lo punible —en los casos anómalos analizados— por un mero azar. No se trata de una interpretación razonable que explique por qué no deberían ser punibles esos casos, sino que, por el contrario, utiliza una técnica de

⁴⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Principio de legalidad e interpretación de la ley penal”, en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 8, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 176. Desde luego que esta solución no será compartida por quienes partan de la base de que no puede existir una situación en la que dos soluciones sean igualmente sostenibles, pues siempre debería primar una sobre la otra, es decir, solamente una de las interpretaciones en pugna sería correcta. Esto, a su vez, remite a la discusión acerca de si es posible trasladar el *in dubio pro reo* del derecho probatorio a problemas de interpretación jurídica, lo cual excede ampliamente el marco de este trabajo. Aquí solo puedo aclarar que no considero necesario abrazar la idea del traslado del *in dubio pro reo*, pues se debe diferenciar entre una situación de *duda respecto de los hechos* (falta de conocimiento, pero en definitiva los hechos se dieron de una única manera, solo que no pudo ser determinada) y una situación en la que *dos soluciones diferentes son sostenibles por igual* (y esto no remite a una falta de conocimiento, sino que, al menos en algunos casos, puede ser reconducido al dilema entre relativismo y objetivismo moral).

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 9 (2019).

interpretación incorrecta (y por tanto arbitraria) para combinarla luego con otra mala interpretación, pero esta vez de un principio constitucional, que consistiría en reducir a toda costa el ámbito de lo punible. Si el principio realmente tuviese ese significado, no sería necesario siquiera echar mano de interpretaciones infundadas de los tipos penales.

En los casos analizados no existen dos soluciones igualmente sostenibles según los principios del derecho penal y las reglas clásicas de interpretación. La lectura propuesta aquí parte de la base, precisamente, de principios fundamentales del derecho penal, a saber, que solo puede ser punible aquello que perjudica a terceros y que, por tanto, no puede integrar un tipo penal un elemento que no represente ningún contenido de ilícito. Además, tal como se ha visto en los casos analizados, incluir en el tipo de la interpretación elementos que son de mera referencia concretizante conduce, en los resultados, a violaciones del principio de igualdad, en tanto no sería punible una persona que ha realizado un ilícito más grave que otra, que sí sería punible.⁴⁷ Esta situación de desigualdad solo sería tolerable si existiera una explicación racional, pero no si lo que se alega como base de la diferente solución es una interpretación incorrecta de una ley penal. En ese caso, la desigualdad conlleva una injusticia.

Tomar un elemento de referencia concretizante como si formara parte de la conducta prohibida *contradice* los principios generales del derecho penal, pues parte de la base irracional de que es posible prohibir aquello que no tiene potencial para perjudicar a terceros. Ya esta sola circunstancia es suficiente para descartarla como una posible solución sostenible que debiera ser preferida frente a otra por aplicación del principio de interpretación más favorable al reo.

Desde luego que el legislador puede incluir otro tipo de elementos que tampoco integran la conducta prohibida, pero que sí tienen la función expresa de reducir el ámbito de aplicación de esa norma. Dicho con un ejemplo que no es del derecho penal, sino del contravencional, pero que en definitiva aplica el principio de insignificancia, tomado de la dogmática jurídico-penal. El art. 88 del Código Contravencional de la ciudad de Buenos Aires prohíbe el uso indebido del espacio público. Luego de describir la conducta ilícita, agrega: “No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías...”. Esta expresa aclaración tiene por fin restringir el ámbito de lo punible. En este caso, el legislador ha

⁴⁷ Pareciera que el problema de la igualdad está vinculado con la propia redacción escogida por el legislador. Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 46, p. 166: “una disposición laxa incrementa el riesgo de interpretaciones divergentes”.

introducido conscientemente elementos que reducen la conducta prohibida, pero que no la integran. Tanto no la integran que quien realiza estos elementos no realiza la conducta prohibida.

Pero cuando, por una técnica legislativa deficiente, o más bien por una *interpretación* deficiente del tipo del texto se llega a la conclusión de que un elemento que no agrega ningún contenido de ilícito integra la conducta prohibida, ya no es posible, para salvarla, invocar el principio de legalidad. Los textos legales son siempre objeto de interpretación. Lo que prohíbe el principio de legalidad es una interpretación que fuerce el sentido de las palabras. Y aquí el sentido de las palabras es claro: se hace referencia negativa al tipo agravado, nada más. Una vez más: recordemos la redacción alternativa del delito de homicidio, que dijera: “el que matare a otro *sin que concurriere alguna de las circunstancias agravantes* del art. 80”. Al jurista que considera que el que cree que está matando a su padre, pero en realidad está matando a un tercero, comete una tentativa inidónea y no punible de parricidio, a ese jurista nunca se le ocurriría que, ante esta redacción alternativa, esa persona tampoco podría ser penada por homicidio simple bajo el argumento de que así se violaría el principio de legalidad. Difícilmente consideraría impune ese homicidio simple. Por cierto, difícilmente se hallará una argumentación semejante en la interpretación del mencionado § 212 del Código Penal alemán, de similar estructura (*mutatis mutandi*) a la redacción imaginaria del art. 79, CP.

VI. Conclusión

A modo de cierre, es necesario distinguir entre el tipo del texto (aquello que escribió el legislador —artículo, inciso, etc.—) y el tipo de la interpretación, que es la construcción que realiza el jurista tomando en consideración principalmente el método teleológico y el sistemático. En general, hay una coincidencia entre cada elemento que introduce el legislador en el texto de la ley y cada elemento que describe la conducta prohibida. Sin embargo, en ciertas ocasiones el legislador introduce componentes pero no con la intención de describir la conducta prohibida, sino de que sea identificada de manera más sencilla. Y de eso se trata en el caso de estos elementos de referencia concretizante, o elementos negativos del tipo del texto.⁴⁸ Son componentes que hacen referencia a agravantes o a otras conductas prohibidas para facilitar una comprensión rápida de la conducta castigada en primer término.

No obstante, siempre hay que tener en cuenta que una negación nunca integra un concepto. Esto se debe, con las palabras ya citadas de OTTO, a que “la ausencia de algo nunca puede ser un

⁴⁸ Desde luego, no me refiero con esto a la doctrina de los elementos negativos del tipo.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 9 (2019).

elemento de un concepto, sino que puede ser únicamente una referencia concretizante de una situación de hecho ya conocida”.⁴⁹ Con esta nota en mente, un método sencillo para detectar tales elementos negativos, que solo hacen referencia a la falta de estos por contraposición a otras conductas también prohibidas (ya sean agravantes, atenuantes, o alteraciones del tipo penal) que sí los tienen, consiste en analizar el elemento e identificar qué bien jurídico es afectado por esa parte de la conducta. Para ello, es necesario aislarlo del resto de la conducta prohibida, tal como se hizo en los casos analizados arriba. Si, una vez aislado, se demuestra que no tiene aptitud para lesionar ningún bien jurídico, entonces el elemento no forma parte del tipo de la interpretación; no integra la conducta prohibida.

Ello se vincula, a su vez, con el principio de reserva, según el cual al Estado solo se le permite prohibir una conducta cuando esta pueda lesionar un bien jurídico digno de protección. Si el elemento en cuestión no le agrega a la acción ningún contenido de ilícito —precisamente porque no lesiona ningún bien jurídico adicional o no aumenta la intensidad de la lesión—, entonces no puede integrar la conducta prohibida.

Por último, el principio de legalidad no obliga a interpretar como integrantes del tipo elementos que solo están expresados en el texto. El mandato de *lex stricta* obliga preferir la solución más favorable al imputado ante dos o más soluciones únicamente cuando estas sean igualmente sostenibles según los principios fundamentales del derecho penal. Este no es el caso cuando se ha identificado un elemento de referencia concretizante y se lo excluye del tipo de la interpretación.

VII. Bibliografía

AVACA, Diego / IRIARTE, Ignacio / MARUM, Elizabeth, en D’ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

BÉGUELIN, José, “La cuestión de la construcción del tipo en los delitos de matrimonios ilegales”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 9/2008, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 1507-1515.

⁴⁹ Ver nota 4.

BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar, *Código penal y leyes complementarias*, 6.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2007.

CASTRO, Natalia, en RIQUELT, Marcelo Alfredo (dir.), *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Buenos Aires, Erreius, 2018.

CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, 7.ª ed., t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2013.

DIEDRICH, M. / DIVITO, Mauro, en D’ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código penal de la Nación comentado y anotado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-A, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 61.ª ed., Múnich, Beck, 2014.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 4.ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2007.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal, Parte general* (trad. de Marcelo A. Sancinetti, revisión de María de las M. Galli), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1940.

GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

HILGENDORF, Eric / VALERIUS, Brian, *Derecho Penal, Parte General* (trad. de Leandro Dias / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

LENCKNER, Theodor, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27.ª ed., Múnich, Beck, 2006.

MIR PUIG, Santiago, “Matrimonios ilegales en el Código penal”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 27, Fasc/Mes 3, 1974, pp. 433-480.

MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos* (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio), Buenos Aires, TEA, 1996.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 9 (2019).

NAVARRO, Guillermo / RAÑA, Andrea, en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio Raúl (dirs.), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1964.

—, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Córdoba / Buenos Aires, Lerner, 1976.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Ínigo, “Principio de legalidad e interpretación de la ley penal”, en ZIFFER, Patricia (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, vol. 8, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

OTTO, Harro, *Manual de derecho penal. Teoría general del Derecho Penal* (trad. de José Béguelin), 7ª ed., Barcelona, Atelier, 2017.

ROXIN, Claus, “La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal”, *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 1189-1206.

SANCINETTI, Marcelo A., *Casos de derecho penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1986.

—, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

—, *Casos de Derecho Penal*, t. 2, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I, El hecho punible* (trad. de Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 4.ª ed., Buenos Aires, TEA, 1987.

TAZZA, Alejandro, *Código penal de la Nación Argentina comentado. Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018.

WESSELS, Johannes / HETTINGER, Michael / ENGLÄNDER, Aarmin, *Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 42.ª ed., Heidelberg, Müller, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.