

III. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO MEDIANTE LA INTERPRE-	
TACIÓN DOGMÁTICA	41
1. La búsqueda de “la” acción descrita en los tipos penales	41
2. La reformulación del sistema legislado	49

III. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA

La aceptación dogmática del derecho positivo por parte de los juristas no impide, como ya lo hemos dicho, que una función importante de la actividad de éstos consista en reformular el sistema legislado.

Evidentemente esta función es incompatible con la ideología expuesta en el ensayo anterior. Es interesante estudiar las técnicas que emplean los juristas para mantener el ideal de adhesión al derecho legislado, conservando en un plano no reconocido la actividad de modificar tal sistema.

En este ensayo tomaremos como ejemplo uno solo de los múltiples casos en que esta técnica se desarrolla. Creemos que el ejemplo tiene algún interés, derivado del hecho de que muestra cómo cuestiones verbales, que en el discurso cotidiano crearían solamente molestas pseudo-disputas, pueden tener consecuencias normativas relevantes.

1. LA BÚSQUEDA DE “LA” ACCIÓN DESCRITA EN LOS TIPOS PENALES

Cuando los penalistas encaran el análisis de un tipo legal, la primera pregunta que se proponen contestar consiste en determinar cuál acción está descrita por tal tipo.

En relación a algunas figuras delictivas la respuesta es simple; por ejemplo: hay unanimidad en que el tipo del artículo 79 del Código Penal argentino se refiere a la acción de matar.

Pero respecto a otros tipos, la pregunta origina profundas controversias, que demuestran a la vez, la confusión de algunas concepciones dogmáticas y la fuerza retórica del aparato conceptual de los juristas.

Desarrollaremos algunos ejemplos de lo que venimos describiendo.

El artículo 179, 2ª parte del Código Penal argentino dice:

El que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

Es obvio que este artículo describe una disyunción de acciones genéricas que son las siguientes: destruir maliciosamente bienes de su patri-

monio frustrando el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles, inutilizar maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las . . . , dañar maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las . . . , ocultar maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las . . . , hacer desaparecer maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las . . . , y, disminuir fraudulentamente el valor de los bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

Estas descripciones son de acciones genéricas, como todas las del Código Penal, ya que no determinan un agente ni una ocasión.¹

Cada descripción hace referencia a una sola clase de acciones, a pesar de ser descripciones complejas en el sentido de que mencionan varias propiedades. También una acción individual puede ser objeto de varias descripciones o de una descripción compleja, no implicando la pluralidad de descripciones la multiplicidad de acciones.²

El haber mencionado cuáles son las clases de acciones descritas por un tipo debería satisfacer a los dogmáticos, ya que responde a la pregunta acerca de cuál es la acción incriminada. Sin embargo, los penalistas no se sienten satisfechos con este reconocimiento y parecen buscar algo distinto.

En relación al ejemplo que consideramos, en la obra más completa e interesante que se ha escrito hasta ahora sobre el tema, Enrique Bacigalupo³ afirma:

¹ Von Wright, *Norma y acción, una investigación lógica*. Tecnos, Madrid, 1970.

² Así como una misma cosa puede ser objeto de varias descripciones, lo propio pasa con una misma acción. Así por ejemplo: podemos describir una acción hipotética de Ticio de éstas, entre otras formas: 1) Ticio apretó el gatillo de su revólver; 2) Ticio disparó un proyectil en dirección al cuerpo de Sempronio; 3) Ticio mató a Sempronio; 4) Ticio se vengó de Sempronio. Que describamos a la acción de Ticio de alguno de estos modos depende de nuestros intereses. Si nuestro interés está centrado en resaltar la capacidad motriz de los dedos de Ticio, describiremos su acción de acuerdo a 1); si consiste ese interés en mostrar la puntería de Ticio, su acción será descrita como 2); en el caso que queramos poner de relieve la falta de respeto por la vida humana de Ticio, la descripción adecuada será 3); y si nuestro interés a determinar la capacidad de rencor de Ticio, indudablemente elegiremos a 4); como la descripción de su acción. El hecho de que las distintas descripciones correspondan a una misma acción o a diferentes acciones está en función del significado que le demos a la palabra "acción". Si en cambio, como lo hace V. Weight, convertimos a un determinado resultado en definitorio de cierto verbo de acción, cualquiera que éste sea, las descripciones de distintas consecuencias de un movimiento corporal, lo serán también de diferentes acciones. Para un análisis más detallado de la cuestión se podrá consultar el libro *Consideraciones para una teoría de la acción*, de Ernesto Garzón Valdés, Carlos Santiago Nino, Norberto Eduardo Spolansky y María Eugenia Urquijo, próximo a publicarse.

³ *Insolvencia y delito*, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 90.

El texto del nuevo artículo contiene varios verbos que crean problemas a la dogmática para determinar cuál es la acción y cuál es el resultado.

La respuesta que da este autor es que el verbo “frustrar” se refiere al resultado típico y no a la acción y que los verbos “destruir”, “inutilizar”, “dañar”, “ocultar”, “desaparecer” y “disminuir el valor” tampoco se refieren a la acción típica sino a los *medios* para llevarla a cabo. Para Bacigalupo la acción típica del artículo 179, 2ª parte es “insolventarse”. También se inclinan por esta posición Fontán Balestra y Millán.⁴

Creemos que este desarrollo puede esconder algún error de enfoque. Si definimos a “acción” como un movimiento corporal de un ser humano, con determinadas condiciones negativas, como por ejemplo: el ser que no se trate de un reflejo o el producto de la violencia de otro, es claro que el resultado no forma parte de la acción (ocurre lo contrario en la definición que da V. Wright, de “acción”).⁵ Esto, sin embargo, no es obstáculo para que las acciones no se puedan clasificar y, en consecuencia nombrar, atendiendo a sus consecuencias extrínsecas. Así, la producción de un cierto resultado es definitorio de “matar”, “estafar”, “romper”, etcétera, aunque ese resultado no forma parte de la actividad del agente.⁶

No es, pues, un argumento válido decir que “frustrar las obligaciones civiles” hace referencia a un resultado y no a la acción, porque es posible que la acción se clasifique y se nombre por su resultado. Con la misma línea de argumentación se podría decir que “matar” también se refiere a un resultado y no a una acción.

En cambio podría ser un argumento fuerte, contra la tesis de que la acción típica es “frustrar las obligaciones civiles”, el obvio hecho que en el uso común, y en el del legislador en ese mismo artículo, la expresión tiene una denotación más amplia que los actos descritos en el tipo. Podría estipularse un significado para la expresión “frustrar las obligaciones civiles” equivalente al de las descripciones de la figura, pero esta decisión tendría el grave inconveniente de hacer ambigua a la expresión en cuestión, dado el significado más restringido utilizado por el legislador.

Pero la palabra “insolventarse”, propuesta por Bacigalupo y Fontán Balestra para referirse a la acción típica, tiene inconvenientes similares.

No está utilizada en el artículo, lo cual es una mera cuestión terminológica que no debilita esta tesis.

Los problemas van apareciendo cuando analizamos el significado que tiene tal término en el uso común y, sobre todo, en el derecho comercial.

⁴ *Las reformas al Código Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 191.

⁵ *Op. cit.*

⁶ De la misma manera que no forma parte de un siamés el hermano con el que está unido anatómicamente, a pesar de que es definitorio de “siamés” el que un hombre esté unido anatómicamente con un gemelo. Ver la obra mencionada en la (2).

La palabra “insolvencia” es ambigua en el sentido que se la utiliza con dos significados. Uno de ellos es equivalente a cesación de pagos. Ese significado debe rechazarse del análisis, ya que la cesación de pagos —entendida como la no satisfacción legítima de un crédito— es un presupuesto de la acción (“en el curso de un *proceso* o después de una *sentencia condenatoria*”) y no puede, entonces, constituir la acción típica. El otro significado de “insolvencia” hace referencia a un estado del patrimonio en el que el activo tiene un valor inferior al monto del pasivo. “Insolventarse” haría referencia, consiguientemente, a una acción cuyo resultado consistiera en una disminución del valor del activo por debajo del monto de las deudas.

Es obvio que la denotación del término “insolventarse” con este significado, es, en cierto sentido, más amplia y, en otro, más estrecha que los actos que describe el tipo.

Es más amplia, como lo reconoce el mismo Bacigalupo,⁷ porque no toda acción que produce esa consecuencia está inculpada. El autor mencionado afirma que la “insolvencia” está definida por los medios de lograrla. Esta manifestación puede significar algo inverso a las tesis que se venían sosteniendo, o sea, que el resultado se define por la acción que lo produce, cuando hasta ahora se decía que la acción típica se define por la insolvencia.

Por otra parte no es fácil entender qué se quiere significar cuando se dice que ocultar, destruir, etcétera, son “medios” para realizar la acción, cuando a su vez se trata de acciones. Luego analizaremos con más detalles este tipo de distinción.

También la denotación de “insolventarse” es más estrecha que la de los actos descritos en el tipo, pues ni lógica ni empíricamente es necesario que éstos provoquen que el activo valga menos que el pasivo. Pueden disminuir el valor del activo, pero éste seguir siendo superior al pasivo, o pueden disminuir un activo que ya valía menos que el pasivo. El hecho de que el tipo exija la “frustración” de las obligaciones civiles no es argumento a favor de la tesis, desde que se ha definido la “insolvencia” independientemente de esa frustración, por entender que éste es el resultado de la acción.

Por otra parte, es evidente que algunos de los actos descritos en el tipo no provocan insolvencia, como el ocultar bienes y hacerlos desaparecer, si se interpreta a la expresión fácticamente,⁸ ya que en nada disminuye

⁷ *Op. cit.*, p. 92.

⁸ Nino, Carlos Santiago y Paixao, Enrique, *Algunos temas relativos a la insolvencia fraudulenta*, por publicarse. Allí se expone la tesis de que los actos de disposición jurídica no están comprendidos por el tipo, dado el significado de los verbos que se utilizan y el hecho de que sean casi los mismos que los del tipo de “daño”.

el valor del activo. Esto lleva a Bacigalupo⁹ a sostener que no sólo se reprime la insolvencia real, sino también la ficticia o simulada. Pero la insolvencia simulada no es insolvencia, la cual implica que la acción típica no sería sólo la de “insolventarse”, sino también la de “simular insolventarse”.

Ante estos hechos se podría optar por estipular un significado para la expresión “insolventarse”, equivalente a la de las descripciones contenidas en el tipo. Esta decisión es plausible, pero puede tener el inconveniente, luego veremos si no buscado en cierta medida por la dogmática, de llegar a una modificación del tipo si en el uso de la palabra “insolventarse” adoptáramos inconscientemente el significado que le da el uso común.

Pongamos otro ejemplo.

El artículo 173, inciso 2º del Código Penal argentino reprimía antes de la Ley 17.567 al que:

Con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.

¿Cuál es la acción descrita en este tipo? Soler¹⁰ y Núñez¹¹ afirman que tal acción es la retención indebida. Nada hay que decir en contra de esta posición.

Por el contrario Ure¹² y buena parte de la doctrina penal afirman que la acción descrita en el artículo 173 inciso 2º es la de “apropiarse”.

La última tesis comienza sosteniendo que la falta de utilización por el legislador de la expresión “apropiarse” es una mera cuestión terminológica, que no impide que se denomine así a las acciones descritas por el tipo. Este argumento sería válido y obvio si la expresión “apropiarse” tuviera el mismo significado que las descripciones formuladas por el legislador. Pero parece que las cosas no son así.

Los mismos defensores de esta tesis se encargan de aclarar que entender a la acción típica como “apropiarse” implica exigir como elemento subjetivo el *animus rem sibi habendi*, que no está mencionado en el tipo, aunque algunos pretenden deducirlo de la expresión “en perjuicio de otro”,¹³ lo cual constituye un error evidente. También se remarca la dife-

⁹ *Op. cit.*, p. 94.

¹⁰ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 411.

¹¹ *Derecho penal argentino*, OMEBA, Buenos Aires, t. V, 1957, p. 367.

¹² *El delito de apropiación indebida*, “Ideas”, Buenos Aires, 1947, p. 89.

¹³ Romero, Gladys, *La acción típica del art. 173, inc. 2º del Código Penal*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, núm. 1, enero-marzo, 1968, p. 68.

rencia entre ambas descripciones cuando los defensores de esta tesis afirman que describir a la acción típica como “retención indebida” lleva a penalizar todo el derecho de las obligaciones.¹⁴

¿Qué razón hay, pues, para describir a la acción típica como “apropiación indebida”? Una parece estar constituida por los antecedentes de códigos y proyectos nacionales y extranjeros.¹⁵ Pero éste es un argumento insustancial, desde que para que esos cuerpos sean “antecedentes” deben estar vinculados con la figura de que se trata y sólo los podemos considerar tales si se interpreta que el tipo describe la “apropiación”, que es precisamente lo que se quiere demostrar.

Otro argumento análogo consiste en mostrar las semejanzas entre este tipo y el del hurto, afirmándose que ambos responden a la misma figura rectora.¹⁶ La falacia aquí también es del mismo tipo que la anterior. Para saber si la acción del artículo 173, inciso 2º es semejante a la del artículo 162, tenemos que saber de qué acción se trata, y afirmar que responden a la misma figura rectora, supone haber resuelto la cuestión a favor de la “apropiación”.

Luego vienen, como era de esperar, argumentos de índole “ontológica” o “estructurales”. Quintano Ripollés¹⁷ afirma, refiriéndose al Código español, que si bien las expresiones “apropiarse” y “sustraer” obligan a una duplicidad de contenido, ello es contrario a la “real estructura del delito”. Ure¹⁸ habla de que la “‘esencia’ del delito consiste en la apropiación”. Gladys Romero¹⁹ afirma que es la esencia misma del delito que éste consista en apropiarse y que de allí toma su nombre de “apropiación indebida”. La misma autora afirma, más adelante, que la reforma de la Ley 17.567 no ha cambiado nada al agregar la expresión “se apropiare” junto al “no restituyere” anterior y al “no entregare” introducido también por la reforma, pues “siempre el núcleo del tipo ha consistido en la ‘apropiación’ ”²⁰ y “la reforma solamente explicita algo que el artículo ya contenía según la mejor doctrina”.²¹ Finalmente para Gladys Romero²² “sólo cabe interpretar la expresión” “no entregare o no restituyere” contenida entre comas, como manifestaciones externas de la apropiación, esto es pruebas o presunciones *de iure* del apoderamiento ya consumido.

¹⁴ Argumento de Gladys Romero citando a Maurach, en *op. cit.*, p. 63.

¹⁵ Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶ Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷ *Tratado de la parte especial del derecho penal*, “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1964, t. II, p. 865; Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 92.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 68.

²⁰ *Op. cit.*, p. 67.

²¹ *Op. cit.*, p. 64.

²² *Op. cit.*, p. 68.

No es necesario traer a colación aquí la vasta literatura²³ y sus argumentos, que ha puesto de manifiesto las confusiones conceptuales que se esconden detrás de la vana búsqueda de “esencias”, naturalezas jurídicas”, “significados verdaderos”, “estructuras ontológicas”, etcétera, etcétera.

Para dar cuenta de esa confusión con muy pocas palabras, basta decir que ella consiste en una falta de comprensión del funcionamiento del lenguaje y de su relación con la realidad. Lo que se considera “esencia” o “naturaleza” de una cosa o un fenómeno consiste en el significado del término que utilizamos para nombrarlo.

Afirmar que la “apropiación” está detrás del uso por el legislador de la expresión “no restituyere”, constituiría sólo una forma metafórica de hablar, si bien comprensible, si los términos “apropiación” y “no restitución” tuvieran el mismo significado; sin embargo, tal suposición es, además, infundada, como lo demuestra el uso que los juristas hacen de ambas expresiones.

Cuando la autora que acabamos de citar afirma que la esencia del delito consiste en la apropiación y que de allí toma su nombre de “apropiación indebida”, refleja quizá lo que Carnap²⁴ llama la “concepción mágica del lenguaje”, que consiste en creer que hay una conexión esencial o natural entre una palabra y su significado.

Por cierto, que este modo de razonar no es exclusivo de esta distinguida escritora, sino que es propio del punto de vista filosófico aceptado corrientemente por los juristas.

Los dos ejemplos que hemos desarrollado son demostrativos de una concepción puesta de manifiesto recurrentemente por la dogmática.

Se trata de la pretensión, no siempre explícitamente expuesta, de que los tipos penales refieren acciones que se pueden identificar por otros medios que por el significado de los nombres o descripciones que el tipo contiene.

Con independencia del hecho de que las normas pueden ser ambiguas y que su significado es siempre, por lo menos potencialmente vago —lo que obliga generalmente a recurrir a otros elementos lingüísticos y extralingüísticos para adjudicarles un significado unívoco y preciso—, lo cierto es que el significado de las palabras que el legislador utiliza es determinativo de las acciones que regula.

Pensar que el legislador menciona determinada clase de acciones, inde-

²³ Para citar solamente un magnífico trabajo que ha difundido entre nosotros los estudios sobre este tema. Véase Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, p. 73, véase también la lucidez monográfica de Eugenio Bulyguin, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

²⁴ *La fundamentación lógica de la física*, Sudamericana, Buenos Aires, 1969, cap. xii.

pendientemente de las palabras que utiliza, constituye un error conceptual. Cuando como dogmáticos nos referimos a esa clase de acciones, debemos utilizar un nombre o una descripción. Hecho esto, nos queda esta alternativa: o reconocemos que ese nombre o descripción tiene el mismo significado que los utilizados por el legislador, con lo cual haríamos simplemente un mero manipuleo verbal, o admitimos que tienen significado diferente, lo cual implica que esas acciones no están referidas por la descripción legal.

El legislador muchas veces describe en un tipo varias clases de acciones en disyunción. No hay ningún inconveniente lógico en formar con estas clases una más genérica, teniendo en cuenta las propiedades que tengan en común, que puede ser inclusive la de estar descritas en la misma norma. Si a esta clase genérica le damos un nombre, facilitaremos grandemente la comunicación jurídica. Pero no habremos descubierto nada nuevo, y al usar esa palabra mencionaremos las mismas acciones que describe el legislador.

Las descripciones de los tipos penales pueden ser complejas, en otros sentidos del recién expuesto.

Una figura penal puede describir una clase de acciones no por una propiedad sino por varias. Cada una de las descripciones alternativas del artículo 179, 2ª parte, es compleja de este modo. Se describe a una clase de acciones, por ejemplo: por el efecto de la destrucción de un bien y el de la frustración del cumplimiento de las obligaciones civiles del agente, que debe estar conectado causalmente con el anterior. Si definimos "acción" como aquí lo hemos hecho, es obvio que en este caso se trataría de una clase formada por acciones que tienen dos consecuencias, vinculadas empíricamente.

Un tipo penal contiene muchas veces descripciones de varias clases de acciones en conjunción. Por ejemplo: el artículo 302, inciso 1º del Código Penal Argentino, exige el libramiento de un cheque sin provisión de fondos y el no pago a las 24 horas de la intimación. El artículo 119, inciso 3º del mismo cuerpo, exige el uso de fuerza o intimidación y el acceso carnal. Los artículos 109, 110 y 117 exigen para la punibilidad una imputación injuriosa o calumniosa y la ausencia de retractación. Una de las alternativas del tipo del artículo 106 consiste en haber incapacitado a la víctima y luego colocarla en situación de desamparo o abandonarla. El artículo 275 del Código Penal requiere jurar decir verdad y afirmar una falsedad o callar la verdad.

En todos estos casos es necesario que se den ambas de las acciones descritas para que puedan aplicarse las sanciones correspondientes. Sin embargo, los penalistas afirman que estas figuras contienen una acción

principal o “núcleo del tipo”, siendo las demás o acciones periféricas o medios para la acción principal o excusas absolutorias.

Llamar a una acción “periférica”, “medio” o “excusa absolutoria” parece no negar que se trate de acciones, a menos que se modifique el significado de la palabra “acción”, de tal modo de hacerlo incompatible con esas calificaciones. Pero eso no se hace y, además, tales calificaciones no se caracterizan claramente, de tal modo de contar criterios racionales para saber qué acción constituye el núcleo del tipo y cuál es “periférica”, qué hecho es un “medio” para una acción y cuál es la acción, qué conducta es la acción típica y cuál constituye una excusa absolutoria.

Parece, pues, que las reglas de la teoría de la acción debieran aplicarse a toda conducta comisiva u omisiva descrita en el tipo como condición de la sanción. No obstante los penalistas no proceden así.

En el ejemplo que hemos dado del artículo 302, inciso 1º del Código Penal argentino, buena parte de las opiniones dogmáticas²⁵ afirman que las sanciones típicas son tanto “librar un cheque sin provisión de fondos”, como no “pagarlo a las 24 horas”, lo cual significa que se trataría de un delito plurisubsistente de acción y omisión. Hay unas pocas opiniones, sobre todo jurisprudenciales,²⁶ que entienden que el no pago a las 24 horas es una condición objetiva de punibilidad.

En cambio, en el caso de las calumnias e injurias, la opinión mayoritaria²⁷ se inclina por considerar a la no retractación como una condición objetiva de punibilidad, lo cual implica que la retractación es una excusa absolutoria.

En el ejemplo del artículo 106, se entenderá que la acción es abandonar a una persona (o colocarla en situación de desamparo) y el haberla incapacitado constituye un presupuesto fáctico que fundamenta el deber de actuar.

Respecto al ejemplo de la violación hay acuerdo en que la intimidación y la fuerza son medios mientras el núcleo del tipo lo constituye el acceso carnal.

2. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO

La actividad dogmática consistente en encontrar una acción para cada tipo penal cumple funciones extraordinariamente relevantes, algunas manifiestas y otras latentes no reconocidas.

²⁵ Soler, Fontán Balestra, Gómez y reiterada jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital Federal de La Plata, cfr. Alberto S. Millán, *El nuevo régimen penal del cheque*, Abeledo-Perrot, 1966, p. 165.

²⁶ Por ejemplo, alguna jurisprudencia de la Cámara Nacional Penal Económico y la opinión de De La Rúa, cfr. Millán, *op. cit.*, p. 165.

²⁷ Soler, *op. cit.*, t. III, p. 317.

Empezaremos por analizar los últimos casos de acciones descritas en conjunción.

Definir cuál es la acción que describe cada tipo, en el caso de que se exijan varias conductas, tiene, entre otras, estas consecuencias:

a) Determinación del comienzo de ejecución para la punición de la tentativa. Se dirá que se comienza a ejecutar el delito, cuando se empieza a realizar la acción típica y no las “periféricas”, los “medios”, las “condiciones de punibilidad”. Así la violación se comienza a ejecutar cuando se empieza con el acceso carnal y no con la aplicación de fuerza o con el desarrollo de las amenazas.

b) Determinación de la autoría. Es “autor” quien realiza la acción principal y no los medios para la misma. Respecto a la violación, una consecuencia lógica, que no todos aceptan, de la tesis de que el núcleo del tipo consiste en el acceso carnal, es que los que sujetan a la víctima para que otro tenga contacto sexual con ella, no son autores sino partícipes necesarios.

c) Concurso. Si la acción principal se da junto con más de un “medio” se tratará de un solo hecho y no de varios. Si el acceso carnal se tiene con violencia o amenazas a una menor de 12 años se tratará de un solo hecho. En el caso del artículo 179, 2ª parte, si la insolvencia o la frustración —según sea la tesis— se obtiene mediante el ocultamiento, la destrucción y la ocultación de bienes, se tratará de un solo hecho.

d) Antijuridicidad. La conducta del agente será antijurídica si realiza el núcleo del tipo, aunque no los medios o las condiciones de punibilidad, lo cual si bien excluye la sanción penal, deja intacta la responsabilidad civil. Si el autor de una imputación calumniosa se retracta, su acción será no obstante antijurídica.

e) Culpabilidad. El elemento subjetivo del agente no es necesario que se dirija a las acciones “periféricas” o las “condiciones objetivas de punibilidad”, sino exclusivamente al núcleo del tipo. En el caso de la violación de una menor de 12 años, creyendo el agente que tiene mayor edad, parecería que no se da ni el tipo de violación, por ausencia del elemento subjetivo, ni el de estupro, por ausencia del elemento objetivo constituido por la edad mayor de 12 años. Algunos²⁸ han entendido que en el ejemplo se ha configurado el delito de violación, pues no es necesario que el dolo del agente abarque con certeza la edad de la víctima, sino el núcleo del tipo configurado por el acceso carnal. Si el “no pagar a las 24 horas” del artículo 302, inciso 1º se entendiera como una

²⁸ Núñez, *op. cit.*, t. iv, p. 265, quien distingue entre la exigencia de dolo directo para el acceso carnal y la suficiencia del dolo eventual en relación a las condiciones de la víctima. El argumento es que la intención dirigida a la edad de la víctima no integra el *corpus* del delito.

excusa absolutoria, no eximiría de pena al agente el haber creído que había pagado.

f) Prescripción. La prescripción de la acción penal se cuenta a partir de la comisión del núcleo del tipo. Respecto al artículo 302 del Código Penal, la mayoría de la doctrina²⁹ entiende que se cuenta a partir de las 24 horas de la intimación, y no del libramiento del cheque. En cambio las opiniones³⁰ que sostienen que el no pago a las 24 horas de la intimación es una condición objetiva de punibilidad cuentan la prescripción desde el libramiento.

g) Lugar de ejecución. Si se interpreta, por ejemplo, que el núcleo del tipo del artículo 179, 2ª parte del Código Penal, estaría constituido por la “frustración de las obligaciones civiles”, la competencia correspondería al lugar donde está radicado el proceso tendiente a ese cumplimiento y no al lugar donde, por ejemplo, se destruyen los bienes.

Lo recién expuesto demuestra la relevancia de considerar a una conducta que es condición de la sanción como “acción” o como “medio” o “condición objetiva de punibilidad”; aunque, como ya hemos adelantado, parece no haber criterios definidos para fundamentar la demarcación.

En otro trabajo,³¹ hemos tratado la relevancia que tiene el elemento antijuridicidad como característica definitoria de “delito”. Hemos señalado que constituye la propiedad que permite distinguir entre todas las conductas que son presupuesto de la sanción. Hemos dicho también que las normas prohibitivas, respecto a las cuales se califica a una conducta como antijurídica, pocas veces están incluidas en el sistema legislado, siendo generalmente introducidas por los dogmáticos y los jueces en atención a las valoraciones vigentes. Esto queda claro con los ejemplos que expusimos: respecto al artículo 302, inciso 1º del Código Penal, las pautas valorativas vigentes no califican como disvalioso el mero librar un cheque sin fondos; esto es normal y aceptado en el tráfico comercial; recién cuando no se lo paga a las 24 horas de la interpelación, la conducta conjunta del agente aparece como antijurídica. Respecto a los artículos 109 y 110 del Código Penal ocurre lo contrario, ya que es un proceder antijurídico el injuriar o calumniar, con independencia de la retractación. Se da nuevamente el primer caso respecto al artículo 179, 2ª parte del Código Penal, aquí parece que no es antijurídico la conducta de

²⁹ Millán, *op. cit.*, p. 167.

³⁰ Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Plenario Gerlero de la Cámara Penal Económico, cit. por Millán, *op. cit.*, p. 167.

³¹ Nino, Carlos S., “La definición de delito”, en “Notas de Filosofía del Derecho”, núm. v, Buenos Aires, 1969.

ocultar o destruir, etcétera, bienes del propio patrimonio, sino cuando esto provoca la frustración del cumplimiento de las obligaciones.

La distinción entre “acciones” y “medios”, entre “acciones” y “condiciones de punibilidad” y entre “núcleo del tipo” y “acciones periféricas”, constituye una técnica de los juristas que presupone, en la mayoría de los casos, haber introducido, en el sistema normas de prohibición, definiciones o descripciones no incluidas por el legislador y, tiene la función latente de llenar lagunas, ya sean axiológicas, normativas o de reconocimiento,³² respecto a la aplicabilidad de las normas que regulan el régimen de la autoría, de la tentativa, del concurso, de la responsabilidad civil, etcétera.

Cuando se trata de descripciones alternativas, los dogmáticos tienen la ocasión de formar una clase más genérica nombrándola con determinada palabra. Como ya lo hemos dicho, esto en sí mismo no implica una reformulación del sistema jurídico, sino que constituye simplemente una reclasificación que facilita la comunicación jurídica. Pero esta actividad puede convertirse en una técnica no reconocida de modificar el sistema legislado,³³ si no se advierte que el significado del término, con el que se nombra a la clase formada con las distintas subclases descritas en el tipo, abarca estrictamente las conductas a las que el legislador se refiere. A veces, éste es un proceso no deliberado, ni previsto al adoptar un nombre para hacer referencia a las acciones típicas. De este modo la expresión “insolvencia fraudulenta” ya es moneda corriente para refe-

³² Esta clasificación de las lagunas del derecho está desarrollada en el excelente libro próximo a publicarse de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulyguin, *Normative Systems*, Viena, 1971, Springer-Verlag. En tosca síntesis, las lagunas normativas se refieren a la ausencia de solución normativa para un caso relevante en relación a determinado sistema, las axiológicas a la contraposición entre los casos relevantes para un sistema normativo en relación a ciertas soluciones y los casos relevantes según ciertas pautas valorativas y las lagunas de reconocimiento se relacionan principalmente con la vaguedad del lenguaje utilizado por el legislador. Aparte, se habla de “lagunas de conocimiento”, con la que se hace referencia a la insuficiencia del conocimiento a cerca de hechos.

³³ Esa modificación se encubre mediante una aparente inferencia lógica que, en realidad, encierra la falacia llamada *quaternio terminorum* o de equivocación. En una de las premisas de este tipo de razonamiento dogmático se usa una palabra determinada presuponiendo una estipulación de su significado como rigurosamente equivalente al de las palabras utilizadas por el legislador; pero se extrae una conclusión solamente justificable si se acude al significado que la palabra tiene en el uso común o en el técnico de la dogmática. La comisión de esta falacia es obvia en el caso de algunas interpretaciones —que hemos referido— respecto al art. 173, inc. 2º del C. P. argentino: Las expresiones “negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo” puede ser resumida adecuadamente, se alega, con la expresión “apropiación indebida”; en el uso técnico de los juristas sólo se habla de “apropiación” cuando hay intención de hacer la cosa suya; *ergo*, se concluye, el art. 173, inc. 2º exige como requisito implícito el *animus rem sibi habendi*. La comisión frecuente de esta falacia por parte de los juristas es percibida por Max Rümelin, “Developments of legal theory and teaching during my lifetime”, en *The jurisprudence of interests*, Harvard University Press, 1948, p. 11.

rirse al tipo del artículo 179, 2ª parte, de tal modo que no sería extraño que, en el futuro, algún fallo judicial exija para la punibilidad, que el acto de destrucción de un bien propio, por ejemplo, deba producir una disminución del valor del activo por debajo de el del pasivo, y que este hecho cause la frustración de las obligaciones civiles.

Excepcionalmente esta técnica de modificación del tipo mediante el acto de nombrar se da aun cuando no se presenta la ocasión de formar una clase genérica con subclases alternativas. Ya expusimos el ejemplo del artículo 173, inciso 2º, respecto al cual, mediante la denominación de “apropiación indebida”, se restringe la clase de conductas incriminadas para exigirse la ocurrencia de un ánimo de apropiación.

Esta técnica de reformular las normas penales presupone, como hemos visto, concepciones teóricas generales, como la de la acción y la del tipo, que permiten justificar soluciones dogmáticas originales.

En general, la interpretación doctrinaria de las normas legislativas está determinada por un sistema de teorías, a cuyo análisis dedicaremos el próximo capítulo.