

TEMA 13

EL DELITO COMO ACCIÓN TIPIFICADA.

Penal I DÃ—a 14/2/2002

Evoluci3n del concepto jurÃ—dico de tipo delictivo.

El primer autor que establece el concepto de tipo delictivo es Beling, que separa de toda la figura delictiva una serie de elementos a los que llama tipo.

Esos elementos tienen que estar abarcados por el dolo y ademÃ—s tienen que ser siempre elementos objetivos.

Para Beling el tipo estÃ— completamente separado de la antijuridicidad. Son conceptos sin ninguna relaci3n.

AdemÃ—s para Beling hay que separar perfectamente los elementos objetivos de los subjetivos, porque para el tipo solo nos interesan los elementos objetivos. Los elementos subjetivos van a la culpabilidad.

Para Beling el concepto de tipo es exclusivamente descriptivo, o sea, que es valorativamente neutral.

Hay una evoluci3n posterior y M.E. Mayer sigue distinguiendo entre la tipicidad y la antijuridicidad pero no acepta que el tipo sea valorativamente neutral, de manera que para Ã—l hay una conexi3n entre ambos. De manera que el tipo es el principal indicio o factor de conocimiento de la antijuridicidad de una conducta.

Entre ellos hay una relaci3n similar a la existente entre el humo y el fuego. Es decir, si hay tipo hay antijuridicidad.

Una conducta tÃ—pica serÃ— antijurÃ—dica si no concurre una causa de justificaci3n.

M.E. Mayer reconoce, ademÃ—s, la existencia de elementos normativos en el tipo, como carÃ—cter ajeno de la cosa en el hurto, que llevan implÃ—cita una valoraci3n y no tienen un carÃ—cter meramente descriptivo. Los elementos descriptivos son aquellos que se pueden captar.

Esta situaci3n evoluciona y llegamos al concepto de Sauer y Mezger que acaban con esa separaci3n absoluta entre tipo y antijuridicidad. Con este, el tipo pasa a ser tipo de lo injusto, lo que pone de manifiesto la conexi3n con la antijuridicidad.

La tipicidad para Ã—stos es una categorÃ—a claramente valorativa, de manera que en el tipo de lo injusto es donde se contiene la valoraci3n jurÃ—dico - penal de la conducta.

El tipo es el fundamento de la antijuridicidad, de manera que el tipo acota conductas ya sancionadas en otros sectores del ordenamiento que ademÃ—s tiene relevancia penal, o bien lo que hace el tipo es afirmar la antijuridicidad de las conductas que no son antijurÃ—dicas en otros sectores del ordenamiento.

En cualquier caso la valoraci3n jurÃ—dica estÃ— en el tipo de lo injusto. Hay una valoraci3n negativa de un comportamiento.

Los elementos que pertenecen al tipo para estos autores son todos los elementos que fundamentan lo injusto de una conducta, de manera que el tipo es el portador de la desvaloraci3n jurÃ—dico - penal en el Ã—mbito de delimitaci3n entre el Derecho y lo injusto.

Para Sauer y Mezger esa es la *ratio essendi* (la razón de ser), porque en esa conducta descrita hay elementos contrarios a los derechos penales.

Estos autores siguen afirmando que una conducta típica antijurídica si no concurre una causa de justificación.

Para Mezger forman parte del tipo de lo injusto aquellos elementos objetivos que normalmente tengan que estar abarcados por el dolo, aunque excepcionalmente no lo están. De manera que estos elementos se integran absolutamente en el tipo de lo injusto.

Hay otros elementos que son las **condiciones objetivas de punibilidad** que para Mezger también forman parte del tipo, aunque, no tienen una conexión tan íntima con el tipo de lo injusto.

Hay que decir que el tipo va pasando de ser absolutamente neutral a cada vez ir cargándose más elementos valorativos. Sin embargo con la llegada del finalismo, con Welzel se produce una vuelta atrás porque para este el tipo vuelve a ser valorativamente neutral.

El paso final en ese acercamiento entre tipo y antijuridicidad se produce con la llamada teoría de los elementos negativos del tipo, donde tipo y antijuridicidad pasan a ser la misma cosa.

Un comportamiento típico es por sí mismo salvo que concorra una causa de justificación.

La concurrencia de una causa de justificación determina, con arreglo a la teoría de los elementos negativos del tipo, no sólo la exclusión de la antijuridicidad, sino incluso de la tipicidad de la conducta.

La teoría de los elementos negativos del tipo.

Para la teoría de los elementos negativos del tipo, el tipo está integrado por elementos negativos y elementos positivos.

Son elementos positivos lo que nosotros llamamos elementos que fundamentan lo injusto de un comportamiento.

Los elementos negativos son la ausencia de los presupuestos que sirven de base a una causa de justificación. De manera que se habla de elementos negativos porque son elementos que suponen la ausencia de un elemento que forma la base de la causa de la justificación. Por ejemplo el homicidio:

- Elementos positivos: matar a un ser humano
- Elementos negativos: ese ser humano no te ha atacado por lo tanto no es legítima defensa.

Para que sea antijurídico (típico) tiene que haber elementos positivos y elementos negativos.

Lo importante de seguir la teoría de los elementos negativos del tipo es que tiene unas consecuencias muy importantes porque lo que se deriva de la teoría es que el error sobre los presupuestos que sirven de base a una causa de justificación es para ellos (seguidores de esta teoría) un error de tipo, lo que nos lleva a ver cuales son las consecuencias de un error de tipo.

De manera que el que cree que está siendo agredido ilegítimamente, pero en realidad es una broma porque la pistola es de plástico y mata al que él cree agresor está cometiendo un homicidio con un error sobre el tipo. El error sobre un elemento del tipo da lugar a la exclusión del dolo, y así lo establece nuestro Código penal en su artículo 14, por lo tanto se impone la pena de imprudencia.

Artículo 14.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Pongamos un ejemplo sobre un error de tipo:

Alguien cree en una cacería que dispara a una pieza y resulta que es una persona. Esto excluye el dolo y se aplica imprudencia. El error sobre el elemento del tipo es que él cree que está matando a una perdiz, pero en realidad mata a una persona.

Las circunstancias que se dan para la legítima defensa, para ellos es un error de tipo.

En nuestro Código penal cuando es un error de tipo vencible (que se podía haber evitado estando atento) conduce a la aplicación de la pena pero por imprudencia.

El error de tipo invencible (por más que se hubiese esforzado esa persona en diferenciar un arma de plástico de una de verdad) conduce a la exención total de la pena.

Para los que no siguen esta teoría el error no es un error de tipo, sino es un error de prohibición. Cuando este error es vencible lleva a la aplicación en uno o dos grados (artículo 14.3 del Código penal)

Artículo 14.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Si el error es invencible con conduce a la exención total de la pena.

Esta diferencia de tratamiento es la principal para los elementos negativos del tipo y los que no lo consideran así.

El error de prohibición puede ser porque la persona cree que la conducta es lícita, o bien puede deberse a que se desconoce la existencia de causa de justificación. También es error de prohibición el creer que se dan los presupuestos que sirven de base a una causa de justificación.

Los partidarios de los elementos negativos del tipo dicen que en realidad no existe diferencia entre elementos negativos y elementos positivos, y por eso todos pueden incluirse en el tipo, de manera que tanto elementos del tipo son aquellos que fundamentan lo injusto como la ausencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.

Argumentan que el hecho de que las causas de justificación no estén en la parte especial del Código penal es simplemente una cuestión de técnica legislativa y están en la parte general porque esas circunstancias son aplicables a todos los delitos.

Esta afirmación básica de la igualdad de elementos puede ser contradicha porque hay una diferencia entre elementos negativos y elementos positivos porque si no hubiera esa diferencia bastaría con que concurriese un solo requisito o circunstancias de las que sirvan de base a la causa de justificación para afirmar que no se da el tipo, para que la conducta dejase de ser típica.

Esto no es así porque los propios partidarios de los elementos negativos del tipo exigen para poder excluir ese tipo que concurran no una, sino todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.

La diferencia de tratamiento entre elementos negativos y positivos se observa también en el dolo, porque lo tratan de manera distinta.

Los elementos positivos del tipo para afirmar el dolo exigen que se de conocimientos y voluntad de que concurran esos elementos (sea consciente y quiera matar a una persona). En cambio con los elementos negativos del tipo basta para afirmar el dolo con que el sujeto no crea que se dan las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Esa simple creencia que no se da basta para afirmar el dolo.

Por otra parte a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo se afirma que es censurable la equiparación entre el error sobre las circunstancias que sirve de base a la causa de justificación con el error sobre la antijuridicidad de una conducta, es decir, consideran censurable que el error sobre esas causas que sirven de base a una causa de justificación no deben ser un error de prohibición.

Consideran que no está bien porque dicen que en el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, el concepto que tiene el autor de lo que es ilícito y de lo que es ilícito coincide con la valoración que hace el Derecho. En cambio en el error de prohibición el sujeto tiene una idea sobre la distinción entre lo que es ilícito e ilícito equivocada (que no coincida con el Derecho), y por eso no es justo equiparar las situaciones.

Explicación de diferencias de las teorías:

Alguien mata a otro porque cree que lo va a matar y no era cierto.

Nosotros: error de prohibición

Para delitos dolosos rebaja en

uno o dos grados.

Error sobre las circunstancias

que sirven de base a una causa

de justificación

Elementos negativos del tipo

Error de tipo, pena de delito

imprudente

Frente a este argumento podemos decir que no siempre la idea que tiene un sujeto sobre lo ilícito y lo ilícito coincide con la del Derecho sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación.

Pero sobre todo la contestación más tajante es la siguiente: tampoco es justo equiparar como hacen ellos el error sobre circunstancias que sirven de base a una causa de justificación con el error sobre un elemento del tipo. Porque cuando alguien se equivoca sobre los elementos de concurrencia del tipo, el sujeto desconoce que está cometiendo un delito. En cambio el que se equivoca sabe que está realizando algo ilícito, aunque cree que está permitido ese acto, y a este que sabe que lo que está haciendo es ilícito es al que más se le debe exigir (es muy poco para el aplicar la pena de delito imprudente).

Así- nosotros le aplicaremos de 5 a 10 años (por delito rebajado en 1 a 2 grados) y ellos aplicarán la pena de delito imprudente.

En relación con el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación se llega a unos resultados más justos en cuanto a pena si no se sigue la teoría de los elementos negativos del tipo.

Además hay otro argumento en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo, es que para sus partidarios cuando el error es vencible lleva a la pena de delito imprudente y cuando es invencible no hay pena. El problema es el siguiente: es que hay códigos penales entre otros el nuestro en el que el castigo por delito imprudente es excepcional (sólo se castiga en algunos tipos), artículo 12 de la Constitución española.

Cuando se quiere castigar por imprudencia el legislador tiene que decirlo expresamente. Si seguimos la teoría de los elementos negativos del tipo el sujeto quedaría impune porque en muchos casos no encontrarían las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. Por ejemplo no se castiga el hurto por imprudencia.

Ese problema no existe cuando aplicamos el error de prohibición.

La teoría de los elementos del tipo lleva a muchas lagunas que no se producen si no se sigue esta.

Llegamos a la conclusión que es cierto que la teoría de los elementos del tipo es acerca más a la realidad al valorar como error de tipo y no como error de prohibición el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, porque a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo hay que decir que es verdad que ese error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación es un error fáctico (sobre los hechos) y se parece bastante a un error de tipo, pero a los resultados punitivos a los que llegan no son justos, son más justas aplicando el error de prohibición y aunque sea un poco artificioso el resultado es más justo.

La solución sería que el Código penal regulase de manera expresa el error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación como una tercera clase de error que ni es de tipo ni es de prohibición, solución que no ha dado el Código.

Penal I DA- a 19/2/2002

Concepto del tipo de lo injusto del que vamos a partir:

Al tipo de lo injusto pertenecen todos los elementos que integran lo injusto específico de una conducta.

Esos elementos lo normal es que estén comprendidos en la figura correspondiente de la parte especial, y habrá que completarlos para su interpretación con los preceptos de la parte general. Nos remitimos a lo que estudiamos en el tema 6. En definitiva como no siempre en el tipo vamos a encontrar los elementos de la parte especial.

No siempre en el tipo vamos a encontrar esos elementos sobre todo la inobservancia del cuidado debido que la

encontramos en la parte especial.

A parte de esto la definición que dio Welzel sobre el tipo no podemos asumirla. Para Welzel el tipo era una descripción de la materia de la prohibición o del mandato. Por ejemplo el resultado en delito imprudente es un elemento del tipo, sin embargo está claro que el resultado no forma parte de la materia de la prohibición o del mandato, porque el legislador no puede prohibir el resultado, sino conductas que van a producir ese resultado.

Esto es consecuencia directa de las normas de determinación.

Hay que dejar fuera del tipo las condiciones objetivas de punibilidad que no pertenecen a lo injusto y por tanto no son elementos del tipo. En cambio en la evolución del concepto del tipo hay autores que consideraban que las condiciones objetivas de punibilidad estaban fuera del tipo.

Se puede considerar parte del tipo las circunstancias agravantes y atenuantes que figuran en la parte especial. Por ejemplo la atenuación del homicidio por consentimiento de la víctima. Esta atenuación es parte del tipo.

Otra conclusión en relación al concepto de tipo es que una conducta típica será además antijurídica salvo que concurra una causa de justificación (cosa que no aceptan los seguidores elementos negativos del tipo).

El concepto de exclusión del tipo.

En principio cuando una conducta pueda ser subsumida (encajada) en un tipo delictivo estamos ante una conducta típica, por lo tanto si un comportamiento no puede ser subsumido en ningún tipo ese comportamiento será atípico, por lo que no hay responsabilidad criminal.

A pesar de que en un caso concreto una conducta se pueda subsumir en un tipo afirmaremos que esa conducta no realiza el tipo cuando ese comportamiento no traiga consigo una afectación suficiente del bien jurídico.

Esto implica que aunque una conducta sea subsumible, pero no cause daño relevante no podemos decir que sea típica.

Por ejemplo al funcionario que se le ofrezca un caramelo no es cohecho. Encaja, pero no podemos decir que el ofrecer un caramelo sea un regalo.

Para intentar excluir el tipo en estos casos se elaboraron algunos criterios como

- **El criterio de la adecuación social** (Welzel), que intenta dejar fuera esas conductas de las que hablamos antes. Cuando ese comportamiento sea socialmente adecuado esa conducta será atípica. Sin embargo este criterio de la adecuación social no es del todo válido, sobre todo por ser poco preciso.
- **El criterio de la insignificancia** (Roxin). Cuando el comportamiento sea insignificante podemos afirmar que no se da el tipo. La crítica es quien dice que algo es insignificante.

Como dice Muñoz Conde, hay ciertas cuestiones que se saben que son típicas y no son necesarias del aclaración.

Lo mejor como propone Cerezo es no acogerse a estos criterios, porque son poco precisos y además no hace falta acudir a ellos porque basta con hacer interpretación teleológica de los tipos. De manera que hay que ver qué trata de proteger.

En otros supuestos que el comportamiento también encaje con el tipo diremos que el comportamiento es atípico.

Por ejemplo un comportamiento es atípico cuando afecte a un bien jurídico disponible y el titular de ese bien jurídico consienta que se produzca esa agresión.

La integridad física con respecto a determinadas lesiones es un bien jurídico disponible. Por ejemplo el que se pone un piercing. Otro ejemplo: con respecto al patrimonio para que se dé el tipo del hurto es preciso que el autor obre sin consentimiento de la víctima.

Ejemplo: La detención ilegal es un comportamiento atípico, pero la libertad de movimiento es un comportamiento libre, e incluso puede darse el consentimiento para que lo detengan.

Le excluye también el tipo cuando no haya imputación objetiva.

1

8