

DIRECTIVAS PARA EL ESTUDIO DE CASOS DE DERECHO PENAL

A. *El examen del tema*

I. *Generalidades.*

Siempre que el jurista se encuentre ante un “caso jurídico” debe tener bien presente que se trata de adecuar un *estado de hecho* dado o supuesto como tal, un hecho de la vida concreto a *preceptos jurídicos* abstractos y a su concepto. Deben, pues, plantearse, claramente separados, por una parte, lo puramente objetivo, por otra, lo jurídico-abstracto, y encontrarse, comparando, por vía de subsunción, el resultado que de ello fluye.

I. El examen del tema comienza, pues, con la perfecta comprensión de los hechos dados como tales. Ningún dato objetivo del tema debe pasar inadvertido; cada uno de tales datos debe ser considerado en su relevancia jurídica, y por eso deben evitarse equívocas o arbitrarias supresiones de la situación de hecho en el texto del tema. Por otra parte, tampoco debe llenarse arbitrariamente ninguna laguna que se encuentre en el tema con respecto a los hechos (p. ej., suponer tácitamente que el autor ha alcanzado con un tiro a otro, cuando en el tema sólo se dice que contra él disparó); tales lagunas, dejadas casi siempre intencionalmente a fin de ejercitar, como cuestiones de hecho —*quæstio facti*—, deben considerarse de modo que todas las posibilidades objetivamente dadas sean jurídicamente cotejadas. Pero la existencia de una laguna, debe, con todo, aceptarse con tino práctico, sólo cuando el tema, con los datos objetivos que lo constituyen, presenta el problema de complementar las cuestiones de hecho. En poquísimos de

los casos destinados a ejercicios se dice, p. ej., si el autor era o no mentalmente sano; ello no importa una “laguna” en la cuestión de hecho, sino el propósito de que la imputabilidad tácitamente se suponga y no se haga cuestión de ella.

II. 1º En la *valoración jurídica* de las cuestiones de hecho es una condición previa general para un trabajo ordenado, que las leyes lógicas generales sean observadas. Esto es tan trivial, que casi se teme afirmarlo. Y sin embargo, los trabajos de ejercicios o de exámenes demuestran que sus autores traicionan las más elementales, usando en forma incorrecta las palabras “y”, “o”, “pero”, y especialmente “de ahí” (*cum*) y “así”. Tales errores elementales son especialmente peligrosos porque como trozos corruptos van carcomiendo a su alrededor, y faltando el necesario autocontrol lógico, pueden reaparecer en cada nuevo trabajo*.

Las palabras “relativamente”, “respectivo”, pertenecen también a aquellas —desgraciadamente muy en boga— que se oponen a la exigencia de claridad lógica. Esta palabra *puede* usarse con sentido, cuando claramente signifique una “relación” (p. ej., A y B han emprendido viajes respectivamente al Sudtirolo y a Berlín, con lo cual se dice que A viajó a Sudtirolo y B a Berlín). Frecuentemente, sin embargo, se lo usa por descuido, sin la clara representación de lo que significa, a veces en lugar de “y”, por “ello es”, a veces por

* Las observaciones críticas formuladas aquí por BELING se refieren a modos de expresión corruptos e impropios que llevan al alumno alemán, inadvertidamente, a falsas conclusiones. Para el estudiante que se expresa en castellano, las observaciones de BELING son también exactas, aunque las expresiones equívocas de nuestra prosa jurídica sean otras. No será impertinente recordar aquí los peligros de ese tremendo gerundio que preside todo razonamiento jurídico y prolifera en gerundios menores dentro de “resultandos” y “considerandos”. (*N. del T.*).

gún el grado de culpabilidad a que se refiera la correspondiente disposición).

- d) Cuando la correspondiente figura delictiva requiera aún *elementos suplementarios subjetivos u objetivos*, debe aclararse si existen o no (p. ej., fin de apropiación ilícita, C. P., 242; muerte del lesionado, C. P., 226, Esquema, § 27).
- e) Finalmente, vienen las *causas materiales de exclusión de pena*, y luego
- f) las *causas personales de exclusión de pena* y
- g) las *causas de extinción de pena*.

Si así se llega en el caso concreto a afirmar la aplicabilidad de una determinada disposición legal, con ello está dada la pena aplicable y

- h) debe pasarse finalmente a las disposiciones legales que suministran los elementos de *conmisuración de la pena* (ver Esquema, § 74). Debe sin embargo advertirse que la determinación de una pena precisa como la “merecida” en el caso (o aun la sola afirmación o negación de la existencia de circunstancias atenuantes) no es posible en la mayoría de los casos, porque el texto del tema nunca aporta detalladamente las circunstancias importantes para la commisuración.

(Apenas será necesario observar que la ordenación metódica precedentemente expuesta para los puntos de vista jurídicos sólo constituye una *orientación* —cierto es que importante— para el *planeamiento de los problemas*, y que esas categorías, como tales, no contienen ya en sí la respuesta a las cuestiones sustanciales, sino que sirven para ordenar correctamente las elucidaciones sustanciales en aquellas categorías).

En cada uno de los grados de ese razonamiento jurídicamente ordenado (a excepción del punto h) pue-

No saben que la cuestión jurídico-abstracta debe ser planteada puramente por sí misma, para subordinar luego el caso singular al precepto jurídico *.

Para tomar posición en cuestiones jurídicas discutidas, deben tenerse especialmente presentes los criterios del Tribunal Supremo. Para aquellos que aún no conocen la organización y el procedimiento de los Tribunales, debe sin embargo recordarse que la jurisprudencia del Tribunal no es ley ni importa un valor legislativo y que el juez sólo “a la ley” está subordinado (Ley de Org. de Trib. § 1, Constitución, Art. 102), y, en consecuencia, no está obligado a seguir las resoluciones del Tribunal que no crea jurídicamente convincentes. Es por eso un error —aún en los ejercicios jurídicos prácticos— basarse en una jurisprudencia *como si* con ella estuviese práctica (y aun científicamente) concluida la cuestión interpretativa. Deben, por el contrario, valorarse las concepciones opuestas y, si son convincentes, basar en ellas la solución del caso.

b) Es necesaria además una clara captación de los *conceptos jurídicos* en su oposición, subordinancia y subordinación, etc.

Es un punto principal el de distinguir en principio todo lo que en penal se suele designar como faz “*objetiva*” de lo que corresponde a lo *ánimico* del autor. No deben suceder inadvertencias como la de identificar, p. ej., la antijuridicidad con la conciencia de la antijuridicidad, o bien, para el § 307² del C. P., el fin de co-

* El vicio de nuestros jóvenes juristas no es precisamente la tendencia somnólica que BELING censura aquí a los alemanes. Para nosotros el mal es precisamente el opuesto: la generalización doctrinaria, intransigente e incomprensiva de la complejidad de las razones y los preceptos jurídicos; la reducción a denominador común. “La idea *defensista*” o “*peligrosista*” del C. P.”, es un supuesto que ha funcionado mucho para resolver casos. Durante mucho tiempo, algunas teorías han tenido tal predicamiento que los casos se resolvían internamente de acuerdo con la teoría, y la ley se citaba formalmente y como para cumplir. Ese es uno de los *favores* que América debe especialmente al doctrinarismo positivista. (N. del T.).

meter un asesinato, con el asesinato mismo; (desgraciadamente, sin embargo, ello sucede y no poco, como en el increíble dicho: “A no ha tenido la *consciencia* de la antijuridicidad de su acción; luego, no ha obrado *antijurídicamente*”!).

Hay además otra fatal confusión de conceptos. El que aún no sabe que “tentativa” no es igual a “preparación”, “correidad” igual a “complicidad”, debe naturalmente fracasar. Otra diferencia que, según parece, es especialmente difícil al principiante es la de la “pena legal”, por una parte, y, por otra, la “pena a imponerse”. La consecuencia de la confusión es entonces, p. ej., de que sean ininteligibles los §§ 73, 74 del C. P., confundiéndose la pena legal más grave con la más grave de varias penas impuestas. Debe pues aclararse bien que las penas legales son las establecidas en la ley, las cuales (prescindiendo de las raras penas absolutamente determinadas) contienen en sí muchas magnitudes penales como posibles (p. ej., “de 1 día hasta 5 años de prisión”), mientras que la pena impuesta proviene de la “individualización judicial” y constituye una magnitud determinada (p. ej., “3 meses de prisión”).

Debe observarse frecuentemente que al principiante se le borran los límites firmes que circunscriben el contenido de los conceptos. Así sucede en conceptos que podríamos llamar “conceptos medios”, que se encuentran entre otros dos a los cuales se encadenan, uno “hacia arriba” y otro “hacia abajo”, como “tentativa” (entre “consumación” y “preparación”), “culpa” (entre dolo e inculpabilidad), y en los cuales se descuida fácilmente el límite inferior. Ese error es patente cuando de la afirmación de que no existe delito consumado, se deduce inmediatamente: “entonces, existe tentativa”; o bien de la afirmación de que no hay dolo se deduce la existencia de culpa.

Al contrastar los conceptos de “dolo” y “culpa”, todo el que aunque superficialmente haya considerado la doctrina de la culpabilidad, tiene bien en claro que, para la existencia del dolo, la consideración pertinente es “que el autor *se haya* representado esto y aquello”, de donde pues, la afirmación de que “él *debió haberse* representado”, base de la imputación de culpa, es algo que se halla en terminante *oposición* con aquéllo. Pero existe un giro verbal que causa mucho daño y es el siguiente: “N. N. *debió saber* que...” Diciendo esto, se elude evidentemente afirmar que “N. N. *ha sabido*”. Decir que él “debió” saber, significa que *pudo y debió haberse* procurado el conocimiento. Es por eso un error lamentable el de extraer de aquel giro la conclusión de que N. N. haya obrado con dolo; en esa forma se emplea la imputación típica de la culpa para afirmar la forma contrapuesta de culpabilidad. Es, naturalmente, algo muy distinto el principio según el cual “él *debe haber sabido*”. Si con el pronombre “él” se alude al autor *in abstracto*, empleando ese giro en las consideraciones sobre el concepto de dolo, entonces ello significa que un autor, *para que a su respecto puede hablarse de dolo*, debe haber sabido esto y aquello, lo cual es correcto. Si con el pronombre “él” se piensa en el N. N. concreto del caso en cuestión, ese giro implica que yo, el practicante, no puedo figurarme nada más que lo que N. N. ha sabido. Si después de eso se afirma la existencia de dolo en N. N., la afirmación es jurídicamente inatacable.

c) Existe desgraciadamente una *palabra*, empleada en la literatura en los más variados sentidos, que puede influir en forma desastrosa para la comprensión de los principiantes. Es la palabra “*Tatbestand*”. Es urgente aconsejar que se use esa palabra exclusivamente en el sentido de “*gesetzlicher Tatbestand*” (delito-tipo legal) (Esquema, § § 16, 17).

No debe llamarse “el Tatbestand” al *caso real dado*, diciendo más o menos: “El *Tatbestand* en nuestro caso es el de que el comerciante Huber, el 9 de enero, permaneció abusivamente en el taller del zapatero Söhring; ordénole éste que se fuera, y terminó arrojándolo afuera tan violentamente, que Huber salió con un brazo roto”. Eso es el *conjunto de hechos*, sobre el cual tenemos precisamente que resolver cuáles son los delito-tipos (*gesetzlichen Tatbestände*) que se nos presentan a la consideración y cuáles existen: es el *caso* mismo tal como naturalmente se presenta como caso práctico. En la solución de temas del Derecho civil, procesal, etc., podría decirse confiadamente “Tatbestand” en vez de “caso” (así como en la vida diaria con la palabra “Tatbestand” se suele designar lo realmente existente); en el Derecho penal, por el contrario, con tales usos, se introducen fácilmente perturbaciones.

Peor es aún que no se atienda a separar claramente los conceptos *Tatbestand* y *Tatumstand* (circunstancia de hecho).

En el precedente ejemplo es una circunstancia del hecho, la de que fuese en el negocio de Söhring en el que Huber permaneciera; pero no es el “Tatbestand” ni siquiera un “elemento” de él. Las circunstancias del hecho (*Tatumstände*) son elementos del caso, el *Tatbestand* y los elementos de él son abstracciones jurídicas. La consonancia de las circunstancias de hecho con los elementos del *Tatbestand* es una parte del examen jurídico a efectuarse.

Pero aun dentro de la trama de conceptos jurídicos que el jurista tiene que manejar, no todas y cada una de las partes es un “Tatbestand”.

Por de pronto, es innecesario hablar de un “*Tatbestand* general del delito”; que sería sólo una segunda expresión para indicar los elementos del concepto de

acción punible. Evitándolo, no será necesario tampoco designar siempre al verdadero Tatbestand (delito-tipo) legal con el nombre "Tatbestand (delito-tipo) legal especial".

Es inadecuado el modo —muy corriente— de expresarse, hablando de un Tatbestand "externo" ("objetivo") y uno "interno" ("subjetivo"). Es cierto que, para que la correspondiente clase de delito pueda considerarse efectivamente ejecutada, el delito tipo 1º), debe (objetivamente) haberse realizado, y 2º), la actitud espiritual del autor debe haberse dirigido al delito-tipo (Esquema, § § 23 y sigs.). Pero, con respecto al primer punto, debe observarse que el delito-tipo y su realización son dos cosas diversas; y, con respecto al segundo punto, que para la situación anímica del autor, en cuanto se refiere a la punibilidad, ya se dispone de la general expresión corriente "culpabilidad" (dolo, culpa). ¿Para qué duplicarla inútilmente? Si se ha entendido bien que el contenido del delito-tipo es a veces "matar a un hombre", a veces "dañar una cosa ajena", se verá claramente cuán torturada es la expresión "Tatbestand interno". Para decir, p. ej., que A ha tenido la intención de matar a X, no se puede, por cierto, decir que A "subjétivamente ha matado" a X. Si en vez de "Tatbestand subjetivo" se habla simplemente de "faz interna", se evitan todas esas dificultades. No atendiendo a esas razones, tampoco se favorece la claridad cuando, p. ej., se contraponen el homicidio doloso y el culposo como dos distintos delito-tipos; son distintas figuras delictivas, pero tienen un mismo *delito-tipo*, y divergen sólo en la faz culpable (Esquema, § 17).

También debe evitarse la identificación del delito-tipo con las simples palabras de la ley, que en las leyes penales particulares, describen las condiciones para la aplicación de la pena. A veces tales palabras no existen

en absoluto (p. ej., C. P., 185), y sin embargo existe un delito-tipo (que se alcanza por medio de la interpretación). En otros casos, contienen circunstancias que no pertenecen al delito-tipo; y hay que tener especialmente presente que las palabras de la ley suelen dar también como necesarias, especialmente en la faz objetiva, ciertas condiciones “puramente objetivas” de la punibilidad, que en consecuencia, *no* pertenecen al “delito-tipo” de la clase de delitos de que se trate, y, entonces, de acuerdo al § 59 del C. P., no necesitan estar abarcados por la intención del autor. El que en el delito de “homicidio preterintencional” (C. P., 226) (lesiones seguidas de muerte), quisiera colocar la muerte del lesionado entre los elementos del “delito-tipo”, de acuerdo al § 59, C. P., incurriría en un grave error.

Por otra parte, el “delito-tipo” es el característico esquema rector de las *clases y sub clases de delitos*: hay un delito-tipo del asesinato, del hurto, del hurto con fractura, etc. Pero las formas accesorias no tienen ningún “Tatbestand”; hablando correctamente, no hay “Tatbestand de la tentativa, de la instigación, de la complicidad”; lo que, por desgracia no pocas veces, se designa de ese modo, se encuentra, con respecto a los delito-tipos, en oposición conceptual, toda vez que tentativa, instigación, complicidad, sólo pueden presentar una vinculación con los delito-tipos (Esquema, §§ 15, 28). Tan impropio es ello como hablar de un “Tatbestand de la correidad, de la legítima defensa, del concurso ideal”, etc., como si en esos conceptos se comprendieran clases de delitos.

Finalmente es, por cierto, absolutamente equívoco que los principiantes no sepan diferenciar el delito-tipo y los *elementos* del delito-tipo y llamen a estos últimos *Tatbestände* (p. ej.: “*Los Tatbestände a conside-*

rarse para el caso del § 242 del C. P. son: 1º) debe haber una cosa mueble ajena; y 2º) esa cosa debe haber sido substraída).

No se trata en todo eso de una exagerada insistencia del técnico sino de algo más que de simples finezas estilísticas. Al criminalista ejercitado no lo desviará el ser poco cuidadoso en su modo de expresión. Pero al principiante que se abandona en ese punto, se le cierra el camino para discernir a donde va, y llega a conclusiones falsas o que adolecen de oscuridad o de contradicción. Si, por ejemplo, se plantea así el problema a resolver: “verificar si existe el *Tatbestand* de un homicidio doloso punible, o por el contrario, el *Tatbestand* de la legítima defensa”, si luego afirma ambos términos, se enredará en investigaciones carentes de sentido sobre concurso de leyes o concurso ideal con respecto a “ambos *Tatbestände*”. O si coordina el “*Tatbestand* del § 185” y “el *Tatbestand* del § 193”, y se pregunta cuál de ambos existe, al encontrar no cumplido el primero, afirma el “*Tatbestand* del § 193, en cuanto se presenta como una forma injuriante” y se extravía inútilmente buscando punibilidad. A veces el principiante quiere castigar de acuerdo al § 226, C. P., a X, que —según el tema— “pensó matar a Y, y a ese fin le infirió cinco puñaladas, de modo que Y murió a causa de ellas 3 días después” (evidente caso de homicidio o asesinato), argumentando que “el autor ha ejecutado el delito-tipo de las lesiones seguidas de muerte (§ 226) y ha conocido las circunstancias de hecho que constituyen ese delito-tipo, ello es, las lesiones y el resultado mortal (§ 59)”. Tales errores, que realmente se cometen, tal como se los ha enunciado o en parecida forma, serían evitados si el practicante hubiese examinado detenidamente la expresión ‘delito-tipo’ en lo que ella significa y en lo que ella no significa.

Un tópicó especial: "Causalidad" y "resultado". Los jóvenes juristas a veces carecen de una exacta comprensión de la interdependencia de esos conceptos. Suelen escribir, poco más o menos: "I. X ha ejecutado el delito-tipo de la estafa. . . , perjudicando a Y en su patrimonio. II. Pero falta sin embargo la relación causal entre la inducción en error y el daño patrimonial". No ven que las dos conclusiones se contradicen. El trabajador atento entenderá claramente que la causalidad sólo juega o bien como acarreamiento del evento *típico*, en los delitos materiales, o bien del extratípico, en caso de que en la figura delictiva correspondiente se requiera además una condición "puramente objetiva".

II. *El procedimiento metódico en la solución del caso*

Cuando de lo que se trata es, pues, de aplicar lo jurídico-abstracto al caso singular, para no perder el tiempo, no se debe descuidar ningún punto de vista jurídicamente esencial, y no debe hacerse peligrar la claridad del resultado del examen por oscuridades que provengan ya del planteamiento del problema. Las reflexiones que deben conducir a la solución del tema, no deben plantearse tumultuosamente, como al acaso, tan pronto en un punto, tan pronto en otro, sino que deben desde un principio ordenarse y seguirse metódicamente. El peor enemigo es el trastueque.

Ahora bien, cuando se trata del caso, el más corriente, de un "delito perfecto" (o una pluralidad de ellos), el orden metódico se construye de la siguiente manera:

1º *Desmembramiento del material objetivo:*

Se prepara ante todo el hecho histórico total, tal como se da en el tema, de modo que los *sujetos* cuya

punibilidad se investiga y sus *distintas* "acciones" (Esquema § 8) se distinguen y, esquemáticamente enumeradas, se anoten las distintas acciones para los correspondientes sujetos, p. ej.:

Trabajador A:	1ª	acción	del	16	de	Febrero,
	2ª	"	"	17	"	" ,
Trabajador B:	1ª	"	"	18	"	" , por la mañana
	2ª	"	"	18	"	" , " , tarde,

anotándose junto a cada acción la forma de proceder, las circunstancias que la acompañaban, las consecuencias, etc., todo como el tema propone.

Entonces, cada acción de esas está *especificada* para examinar su punibilidad (salvo que las varias acciones se complementen indudablemente como caso de unidad de hecho, o que sean homogéneas).

La serie en que se disponen las distintas acciones no está dada en modo alguno solamente por su sucesión temporal. Muchas veces se reconocerá al primer vistazo que una acción no puede ser interpretada mientras no se aclare el significado jurídico penal de otra acción (del mismo o de distinto autor). En tal caso, aquélla debe posponerse y comenzarse con la otra. Si la acción A 1 era una inducción a B para matar a X, hay que aclarar ante todo lo que pasa con respecto a B, pues de ello depende cómo debe juzgarse a A (Instigación, co-autoría mediata, inducción frustrada, etc.).

2º. *Desenvolvimiento del caso dentro de la valoración jurídica.*

Para apreciar jurídicamente el caso, ante todo, hay que detenerse ante el panorama de aquella *clase de delitos* (inclusive sub-clase), de la cual, en general, puede tratarse en el caso concreto (o asesinato, o hurto con fractura, o perjurio imprudente, etc.). Después

se examina la disposición penal aplicable de manera de extraer el *delito-tipo* de la correspondiente clase o sub-clase de delitos, y así quedan colocados aparte los elementos suplementarios que la correspondiente figura requiere (Esquema, § 27), presentando así claramente las circunstancias generales condicionantes de la punibilidad.

Después de este trabajo previo, contrariamente a la tendencia del principiante, no es aún propio comenzar el análisis de la cuestión relativa a lo que el actor haya propiamente pensado, se haya representado o haya querido y el significado jurídico que ello tenga, es decir, considerar la faz “interna”, “psíquica”, “subjetiva”, pues la comprensión de la faz subjetiva se despeja sólo de acuerdo a la faz “objetiva”. Por el contrario:

- a) la primera cuestión es la de ver si la acción considerada constituye objetivamente la *realización del delito-tipo que está en consideración, o bien*, si tal no es el caso, si se encuentra con ese delito-tipo, a lo menos, en un género de relación que haga concurrir en la acción las características objetivas de una forma accesoria (tentativa, instigación, complicidad).
- b) Después debe examinarse la acción en su *antijuridicidad* (lo que, por regla general, se reduce prácticamente a ver si concurre en el hecho del tema una causa de exclusión de la ilicitud).
- c) Continúase el examen viendo si, conforme a los datos objetivos del tema, surge alguna duda acerca de la *culpabilidad*. En caso negativo, debe verificarse si se da en el autor o bien el *dolo* necesario, o bien la necesaria *culpa* (se-

gún el grado de culpabilidad a que se refiera la correspondiente disposición).

- d) Cuando la correspondiente figura delictiva requiera aún *elementos suplementarios subjetivos u objetivos*, debe aclararse si existen o no (p. ej., fin de apropiación ilícita, C. P., 242; muerte del lesionado, C. P., 226, Esquema, § 27).
- e) Finalmente, vienen las *causas materiales de exclusión de pena*, y luego
- f) las *causas personales de exclusión de pena* y
- g) las *causas de extinción de pena*.

Si así se llega en el caso concreto a afirmar la aplicabilidad de una determinada disposición legal, con ello está dada la pena aplicable y

- h) debe pasarse finalmente a las disposiciones legales que suministran los elementos de *conmisuración de la pena* (ver Esquema, § 74). Debe sin embargo advertirse que la determinación de una pena precisa como la “merecida” en el caso (o aun la sola afirmación o negación de la existencia de circunstancias atenuantes) no es posible en la mayoría de los casos, porque el texto del tema nunca aporta detalladamente las circunstancias importantes para la *conmisuración*.

(Apenas será necesario observar que la ordenación metódica precedentemente expuesta para los puntos de vista jurídicos sólo constituye una *orientación* —cierto es que importante— para el *planeamiento de los problemas*, y que esas categorías, como tales, no contienen ya en sí la respuesta a las cuestiones sustanciales, sino que sirven para ordenar correctamente las elucidaciones sustanciales en aquellas categorías).

En cada uno de los grados de ese razonamiento jurídicamente ordenado (a excepción del punto *h*) pue-

de presentarse como resultado, que las personas de que se trate, o una u otra de ellas, no sean punibles. En tal caso, regularmente no hay que entrar en los puntos metodológicamente subsiguientes, sino concluir en que no hay punibilidad. No obstante, es recomendable dar aún un vistazo sobre los puntos siguientes, para asegurarse y ver si acaso algún otro de ellos conduciría también a la impunidad. Tal prosecución del trabajo se recomienda cuando la negación de la punibilidad no aparece completamente segura ya sea porque en los hechos pertinentes exista alguna laguna del tema y hasta allí sólo *una* de las posibilidades se haya supuesto, ya sea porque la solución jurídica a que se haya alcanzado (en el sentido de la impunidad) constituya el objeto de una cuestión debatida.

B. *Las composiciones escritas*

En las composiciones escritas, como en el discurrir, el caso real dado y lo jurídico-abstracto deben contraponerse y llegar al resultado por la aplicación del *jus* sobre los *facta*. Es incorrecto relegar formalmente al último plano, como a veces se hace, el caso práctico dado, y considerar *exclusivamente* el problema jurídico abstracto como tal. El trabajo no debe *ir a parar* en la afirmación teórica de que, p. ej., la tentativa “absolutamente imposible” es realmente tentativa, sino en afirmar si el sujeto N. N. del tema es o no punible. En tal sentido, pues, una teorización excesivamente extensa no es oportuna. Es inoportuno además mezclar confusamente los hechos con las figuras jurídico-abstractas. En el desarrollo de un tema que se proponía resolver si el maestro Huber era punible a tenor del § 235 del C. P., en un trabajo escrito se hallaba esta frase: “es discutible que el maestro Huber haya obrado con astucia” co-

mo si la cuestión científica en que el alumno pensaba, tuviese algo que ver con la persona del maestro Huber!

Por lo demás, también valen, naturalmente, para los trabajos escritos, las indicaciones dadas en la letra A. Lo que constituya un error en el discurso, lo es también en su materialización escrita. Pero para la escritura hay que observar algunos principios especiales.

1º En primer lugar, debe tenerse bien presente que la exposición de la solución del tema no ha de ser una especie de *compte rendu* sobre todo lo que se ha pensado (A), sino que sólo debe ofrecer los desenvolvimientos teóricos necesarios *in concreto*. Por ello, en la exposición, no es siempre necesario desarrollar todo el programa fijado (arriba A, punto 2 a-h); bastando entrar sólo en aquellos puntos, de cuya elucidación el tema evidentemente necesita. Si, p. ej., el texto de un tema simplemente dice:

A ha alquilado un caballo a B y se ha ido llevándose, sería el caso de referirse sólo a los puntos *a, c, d* y es ociosa toda cuestión sobre el daño de la "acción", o la antijuridicidad, etc. Aquí no se trata de una laguna en los datos objetivos (arriba, pág. 201), sino de una clara limitación en el planteamiento mismo del problema. Debe evitarse exceder el marco del tema. Tácitamente deben pasarse por alto también ciertos datos del tema que se dan como evidentes (tal sería, p. ej., el modo y manera de la acción ejecutiva, el motivo del autor, etc.; mentar esas circunstancias de hecho en el tema sólo sería decorativo, para evidenciar el caso humano viviente, etc.). El recargo con consideraciones inconducentes es un error común de los principiantes (son especialmente preferidas las disquisiciones sobre causalidad, antijuridicidad e imputabilidad, que *pueden* ser necesarias, pero que frecuentemente no lo son para el caso). Es éste un

error del que hay especialmente que cuidarse, pues se comprueba que suele acompañarse con el más indigente desarrollo del punto central verdadero del tema.

Si sucede que el alumno llega a la conclusión de que dentro de las rúbricas jurídicas que ha *considerado* no media ninguna circunstancia de exclusión de la pena, quedará bien, significar brevemente que no ha desconocido la correlevancia de las demás rúbricas. Si, p. ej., en el caso del que huía con un caballo alquilado hubiese encontrado la solución en el sentido de que se trata de un hurto (o inversamente, de una defraudación), debiera decir conclusivamente: "Toda vez que no se presenta duda alguna acerca de la antijuridicidad, etc., A es punible conforme al § . . . del C. P."

2º El orden de la exposición se ajustará al indicado en la serie expuesta más arriba, A, II, 1 y 2 (prescindiendo de las rúbricas que, de acuerdo a las características del tema no interesen, conforme a lo dicho en B 1). Sería erróneo ordenar los puntos a desenvolverse, seriándolos conforme al orden de las palabras de la ley (p. ej., en el § 131 del C. P. disponerlos así: 1º) ¿Existían hechos falsos o desfigurados? 2º) ¿Sabía el autor que eran hechos falsos o desfigurados? 3º) ¿El autor ha obrado públicamente? 4º) ¿Ha afirmado o propalado? etc.). También sería poco prudente la disposición conformándola a la forma en que se siguen las frases en el texto del tema, y es especialmente indiferente para el ordenamiento correcto, el orden cronológico en que el tema relata los hechos.

Si un tema gira alrededor de *varias* clases de delito es práctico contrastar sucesivamente cada acción de acuerdo a las rúbricas A, II, b-h. Si, por el contrario, se procede (como suelen hacerlo los principiantes) haciendo desfilar desde el comienzo todos los delito-tipos, afirmando su existencia, para distribuirlos luego nueva-

mente en cada una de las rúbricas *b-h* de acuerdo a la situación especial de cada uno, la exposición se tornará inusitadamente despedazada y especialmente cuando se trate de acciones distintas (concurso real heterogéneo).

Hay que evitar de anticipar consideraciones que sean lógicamente condicionadas por la solución de un punto que sólo más tarde se trate. Así es, p. ej., un error frecuente el de ordenar la materia de modo que primero se trata la cuestión de si A es punible como instigador, y sólo después considerar si B es punible como autor principal (a este error son inducidos los principiantes, la mayoría de las veces, porque el tema, exponiendo históricamente el caso, menciona primero el diálogo entre A y B y después lo que B ha hecho); o bien, considerar primero si existe delito continuado o concurso real y después examinar las acciones aisladas en su adecuación al tipo. Sin aclararse el significado típico de las acciones aisladas, las disquisiciones sobre participación y concurso, flotan en el aire.

Bajo ciertas condiciones es admisible posponer un punto que se presenta en el curso de la exposición y, prescindiendo de él, llevar adelante la investigación. Sobreentiéndese que la reserva de una especial consideración ulterior de ese punto debe ser *expresa*. En general, tal procedimiento no debe recomendarse a principiantes, pues de tal modo pueden pasarse por alto ciertas consecuencias que dependen conjuntamente tanto de la cuestión que se ha resuelto como de la que se ha postergado.

3° En todo punto que, de acuerdo al tema, sea dudoso, debe siempre considerarse y exponerse el principio o precepto jurídico respectivo *in abstracto* sólo en cuanto la posición que se tome sea de interés para extraer de la tesis a que se haya llegado las consecuencias para el caso.

En las disquisiciones abstractas se presentan con frecuencia puntos discutidos. En tales casos, es absolutamente insuficiente aducir *una sola* de las concepciones jurídicas discrepantes; como lo es limitarse a registrar la cuestión discutida simplemente como tal. La tarea del practicante es más bien la de valorar el pro y el contra y asumir él mismo una posición en la controversia. Si se apoya en un escritor científico o en el Tribunal Supremo, que no se exprese como si tomara esa concepción jurídica por una norma jurídica obligatoria.

4° La consideración alternativa o eventual de un punto será necesaria en la exposición (como en el razonamiento pospuesto, arriba A), siempre que exista una *quoestio facti* o cuando el tema mismo presente distintas posibilidades reales. También puede ser necesario, para dilucidar una cuestión debatida, suponer justo *in eventum*, el punto de vista jurídico rechazado, cuando con su aceptación, surjan aún en el caso concreto problemas ulteriores. Supongamos que, p, ej., el caso diga:

A ha enviado a B una caja llena de recortes de papel en la creencia de que contenía dinamita, con intención homicida; pero antes de la recepción, la reclama con un telegrama a la estación del lugar de destino.

En tal caso, el alumno que niegue la existencia de la tentativa de homicidio (pues como "tentativa absolutamente imposible" no cae bajo el § 43 del C. P.) al mismo tiempo, puede desarrollar, el caso de que se aceptara la concepción opuesta, haciendo de ésta el punto de partida para considerar si existe desistimiento de la tentativa. La continuación de los desarrollos en tal caso, debe expresamente caracterizarse como eventual o alternativa.

5° Es un excelente medio de auto-educación para una lógica separación y penetración de la materia, la

enumeración visible de los distintos capítulos con número o letras continuadas, eligiendo distintas clases de cifras o letras para indicar coordinación o subordinación, p. ej.

I. Delito-tipo de incendio?

II. Faz subjetiva:

1. ¿Dolo?

2. ¿Fin de matar o de robar? (C. P. 307²).

III. ¿Arrepentimiento activo?

6° En el trabajo no debe descuidarse la necesidad mental de no contradecirse. Es inconcebible que autores de trabajos prácticos o pruebas de examen afirmen y nieguen al mismo tiempo y sin restricciones la responsabilidad del sujeto X. La experiencia desgraciadamente enseña que esto pasa. Es típico para esto el ejemplo siguiente: el autor escribe más o menos:

“I. Tenemos que averiguar si A ha maltratado físicamente a X... Debe responderse afirmativamente... A es punible por ello conforme al C. P., 223.

II. *Ahora hay que examinar si existió legítima defensa...* En el caso concurren sus elementos... por ello A *no es más punible*”.

Si el autor hubiese reservado en la conclusión I el examen de la antijuridicidad (ver arriba pág. 218, se habría evitado la contradicción, pero debió haber expresado tal reserva.

7° El resultado a que llega el autor debe formularse de modo que sea manifiesto si toma a A (B o C) como punibles y, en caso afirmativo, por qué clase (sub clase o forma accesoria) de delito, en qué forma de concurso, qué párrafos de la ley se aplican y qué pena (incluyéndose las penas accesorias) y todas las medidas jurídicas

restantes extra-penales. Las penas, etc., deben darse en su máximo y su mínimo (especialmente se debe atender para eso a los §§ 14, II, 16, I, 17, II, 18, I, 44, 49, II del C. P.).

En las formas accesorias de los delitos ha de observarse que no constituyen figuras utilizables por sí mismas. Nadie es punible “por tentativa” (o “conforme al § 43 del C. P.”), “por instigación” (o “conforme al § 48 del C. P.”), “por complicidad” (o “conforme al § 49 del C. P.”). Tampoco tendría sentido decir que alguien es punible “por coautoría” (o “conforme al § 47, C. P.”). Debe nombrarse siempre conjuntamente la clase o sub clase de delito y el párrafo legal que sea aplicable.

Tal sería, p. ej., escribir:

“Según mi opinión,

1. A no es punible;

2. B. y C. como coautores de un hurto lo son conforme a los §§ 242, 47, 248, 32, II, C. P., de un día a 5 años de prisión y, facultativamente, con la pérdida de los derechos civiles de 1 a 5 años;

3. D es punible por complicidad en el hurto de acuerdo a los §§ 242, 49, 248, 32, II, con prisión de 1 día a 4 años, 11 meses, 29 días, facultativamente, con pérdida de los derechos civiles de 1 a 5 años”.

No es, naturalmente, pertinente expresar los fundamentos en el *resultado*. Tampoco debe pronunciarse una pena determinada (ver arriba, pág. 214).

Este resumen del resultado es mejor que el autor lo coloque *como fin mismo de su trabajo*. Con ello no sólo merecerá el agradecimiento del que está obligado a leerlo, pues le aligera fundamentalmente el examen del trabajo, sino que se hace también un favor a sí mismo, pues así tiene siempre presente el fin de sus razonamientos y pierde con menos facilidad su ruta.