

enfoques penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Días

Juan Pablo Montiel

Carla Salvatori

Definiciones y subsunciones

POR *INGEBORG PUPPE (UNIVERSIDAD DE BONN)*

- TRAD. JUAN PABLO MONTIEL

Para empezar, una definición

Nosotros los juristas, pero especialmente nosotros los penalistas, rendimos un inmenso culto a las llamadas definiciones. Cada concepto que aparece en un tipo, y cada concepto auxiliar (*Hilfsbegriff*) que ha desarrollado la dogmática, es definido como si no tuviese ningún valor sin una definición. Los manuales -sobre todo los de Parte especial- están estructurados como si fuesen definiciones con explicaciones y los estudiantes aprenden de memoria esas definiciones, con la expectativa de que si dominan esas definiciones podrán resolver correctamente todos los casos. Si nuestras definiciones fuesen aquello que en las ciencias exactas se entiende por tales, también estaría justificada esa expectativa. Una definición exacta es una determinación completa del contenido de

un concepto, mediante la cual puede decidirse en todo caso si un objeto cualquiera se subsume o no en ese concepto. Sin embargo, aquello que nosotros señalamos en el Derecho (*Jurisprudenz*) -sobre todo en el Derecho penal- como definiciones de conceptos, la mayoría de las veces está muy lejos de ser así. En este sentido, el *Reichgericht* ha definido del siguiente modo el concepto de hecho (*Tatsache*), que aparece por ejemplo en el tipo de difamación (*üble Nachrede*) y en el tipo de estafa:

“ «El concepto de hecho (...) presupone el acaecimiento o la existencia de algo que ha logrado manifestarse y que ha aparecido en la realidad y que por ello puede accederse a su prueba», *RGSt* 55, 129 (131)

¿Qué significan las expresiones «logra manifestarse» y «aparecido en la realidad»? ¿Significan quizá lo mismo? Una definición no puede resultar redundante. Cuando ello sucede, se trata de una señal bastante segura de que quien define no sabe bien lo que debe decir. En cierta manera se pone nervioso y empieza a tartamudear.

No es mucho mejor lo que sucede con el arte de las definiciones del legislador, quien define el concepto de lesiones del siguiente modo:

“ «Quien maltrate físicamente a otro o dañe su salud», § 223 *StGB*.

El maltrato físico es definido en la literatura como

“ «trato desagradable o inadecuado que afecta el bienestar corporal o la integridad física de manera no insignificante» (1)

Personalmente entiendo que unas lesiones constituyen una afectación de la integridad física. Un maltrato debería ser, según esta definición, una conducta que de alguna manera merece la valoración negativa de desagradable e inadecuada, pero en realidad las lesiones son un delito de resultado.

Esta «definición» oscurece el concepto de lesiones, en lugar de esclarecerlo. Ello radica en que nuestras definiciones están orientadas, sobre todo, a abarcar los casos extremos más dudosos.(2) El legislador del Código penal del *Reich* ha escogido la definición de las lesiones como maltrato físico para aclarar que también una leve bofetada debe constituir lesiones y no, por ejemplo, una injuria por vía de hecho, como muchos opinaban antiguamente. En la actualidad el concepto de peligro concreto es definido frecuentemente de la siguiente manera:

“ Existe un peligro concreto «cuando únicamente depende del azar que un bien jurídico resulte lesionado o no» (3).

Se trata de una formulación muy sugestiva que en el fondo no dice nada. ¿Qué cosa en la vida no depende del azar? ¿Qué es y qué no es exactamente el azar? ¿Es azar que el conductor que cruza demasiado cerca sea un versado piloto de carreras o que sea un principiante temeroso? Puedo hacer comentarios mucho más detallados y precisos del concepto de peligro si desde un principio no me encapricho con aclarar este concepto a partir de un único enunciado, es decir,

los estudiantes aprenden de memoria las definiciones, con la expectativa de que si dominan esas definiciones podrán resolver correctamente todos los casos



con una definición. En todo caso, entonces existe un peligro concreto cuando fácticamente se ha producido un daño. Un peligro concreto también tiene lugar cuando el daño únicamente ha podido ser evitado a través de medidas extraordinarias del involucrado, por ejemplo, mediante una frenada violenta. También existe un peligro concreto cuando necesito modificar solo de manera insignificante los parámetros del caso concreto, de tal modo que el resultado termina acaeciendo, como sucede en el llamado «conato de accidente» (Beinaheunfall)*

Entonces, con nuestro arte jurídico de las definiciones no llegamos demasiado lejos y necesitaríamos renunciar a seguir decorando nuestras modestas explicaciones de los conceptos mediante el ambicioso nombre de «definición».

Pero entonces, ¿para qué sirven nuestras explicaciones conceptuales? Muchos de nuestros conceptos son complejos en el sentido de que están compuestos por diferentes elementos que no deben estar puestos uno a lado del otro de manera sencilla, como en una definición aristotélica, sino que tienen que mantener entre sí determinadas relaciones. Una buena explicación jurídica de un concepto nombra estos elementos individuales del concepto y las relaciones que mantienen entre sí (4). De esta manera, la explicación permite constatar de manera explícita los elementos conceptuales y sus relaciones. Por ejemplo, la definición legal de la tentativa dice:



«Realiza un hecho punible en tentativa quien según su representación del hecho da inicio inmediato a la realización del tipo» (§ 22 StGB)

Seguramente esta explicación conceptual no resulta exacta e inequívoca. En torno a la pregunta de cuándo comienza la tentativa, esto es, cuándo el autor da comienzo inmediato a la realización del tipo, existe bastante inseguridad y disputa. Sin embargo, a lo que debe referirse el inicio inmediato se desprende claramente de la explicación del concepto: no se refiere a algún tipo de situación objetiva (v. gr. el peligro directo de una víctima), sino a la representación del autor. De ello se sigue que el análisis de la tentativa debe comenzar con el tipo subjetivo.

Ahora bien, no toda definición conceptual usual cumple esta tarea. Hablamos de tentativa acabada cuando el autor, según el § 24 StGB, no puede desistir impunemente mediante el simple abandono de la realización del hecho, sino solamente a partir de impedir el resultado o de esforzarse seriamente para ello. La definición corriente de la tentativa acabada dice:



«Existe tentativa acabada cuando el autor considera que ha llevado a cabo todas las acciones necesarias para la realización del tipo» (5)

Sin embargo, la mayoría de los alumnos manifestarán en el examen de Estado que en la solución de su caso no han conseguido ningún avance al poner por escrito esta definición, pues ella les brinda poca información relevante para tomar una decisión. Entonces, ¿para qué sería necesaria la acción anterior, es decir, para que el resultado se produzca con seguridad o para que sólo se produzca de modo posible? ¿Desde qué perspectiva debe decidirse la cuestión de lo que es relevante según la representación del autor? ¿Desde la perspectiva ex

Una definición no puede resultar redundante. Cuando ello sucede, se trata de una señal bastante segura de que quien define no sabe bien lo que debe decir. En cierta manera se pone nervioso y empieza a tartamudear.

ante, esto es, al comienzo de su primera acción, o *ex post*, esto es, en el momento en el que deja de actuar? Sobre ello discuten la llamada teoría del acto singular (*Einzelaktstheorie*) y la teoría de la unidad natural de la tentativa (*Theorie von der natürlichen Versuchseinheit*), pese a la existencia de esta definición. Por tanto, ella necesita de una mejora.

Pese a todo ello, al mismo tiempo se tiene que insistir en la cuestión de que nuestros estudiantes aprendan definiciones para poder subsumir los elementos de la situación de hecho en conceptos jurídicos. Sin embargo, con este tipo de aprendizaje no se logra nada, lisa y llanamente porque nuestras definiciones no son exactas ni inequívocas. Entonces ¿cómo debemos llegar a la conclusión de una subsunción que resulte unívoca?

La mirada va y viene entre la situación de hecho (*Sachverhalt*) y la norma

Una subsunción no puede ser fundamentada de otro modo que por medio de otra subsunción. Por lo tanto, debo llegar finalmente a una subsunción que sea tan trivial y evidente que nadie desee discutirla. En ciertos casos, ello vale respecto de la subsunción directa de la situación de hecho en el tipo. Cuando A le saca a B el teléfono celular de su bolsillo trasero y sale corriendo, esta situación de hecho puede subsumirse sin más en el concepto de apoderamiento, sin que sea necesario agregar ningún otro comentario o análisis a dicho concepto. Con todo, al no ser lo suficientemente trivial la subsunción directa de la situación de hecho en un concepto contenido en el tipo, no nos queda más remedio que hacerla trivial, al aproximar la descripción de la situación de hecho y la descripción de la norma hasta que la subsunción parezca trivial.

La hermenéutica jurídica habla de la equiparación de la situación de hecho y la norma o bien alude a que «la norma y las concretas circunstancias de la vida existentes deben ser puestas en correspondencia» (6). Ello debe producirse mediante un «ir y venir de la mirada» entre la situación de hecho y la norma (7). La hermenéutica jurídica habla de un círculo hermenéutico y de un movimiento en espiral, para escapar a toda sospecha de un argumento circular (8). Todo ello suena mucho más misterioso y sospechoso de lo que es en realidad. Si tengo que cumplir un fin y cuento para ello con determinados medios a mi disposición, mi mirada también va y viene entre los medios disponibles y el fin a alcanzar, para escoger aquellos medios que resultan más idóneos para lograr el fin.

La aproximación de la situación de hecho y la norma sucede a partir de generalizar la descripción de la situación de hecho y especializar la descripción de la norma. Por consiguiente, describimos los hechos prescindiendo de las circunstancias que para una subsunción en el tipo resultan irrelevantes, como, por ejemplo, el tiempo y el lugar o las condiciones meteorológicas. Reemplazamos la descripción del tipo mediante situaciones de hecho que se subsumen en el tipo y prolongamos esta especialización o concretización hasta que conseguimos una descripción del tipo en la que la situación de hecho descripta queda subsumida de manera trivial (9). Si no encontramos semejante concretización del tipo, debemos considerar fallida la subsunción.

*con nuestro arte
jurídico de las
definiciones no
llegamos
demasiado lejos y
necesitaríamos
renunciar a seguir
decorando
nuestras modestas
explicaciones de
los conceptos
mediante el
ambicioso nombre
de «definición».*

Las concretizaciones del tipo, mediante las que los aproximamos paulatinamente a la situación de hecho -los llamados términos medios (*Mittelbegriff*)- funcionan respecto de los tipos como conceptos especiales, lo que puede también denominarse definiciones parciales (*Teildefinitionen*). Sin embargo, ellas ofrecen condiciones suficientes, más no necesarias, para la realización del tipo (10). La cuestión de si debe reconocerse a un determinado concepto como un concepto especial del concepto general contenido en el tipo, es una cuestión de interpretación (11). Cuando, por ejemplo, tenemos que decidir si es una estafa que el encubridor simule ante el ladrón que ha percibido un precio más bajo por el artículo robado y con eso lo motiva a quedarse satisfecho con una parte de la ganancia ilícita menor a la que de otro modo hubiese exigido (BGHSt 2, 364), no tenemos que analizar toda la vaguedad, indeterminación y las discusiones que existen en torno al concepto de patrimonio. Únicamente tenemos que decidir si el espectro de la ganancia ilícita, pero valiosa económicamente, constituye un componente del patrimonio en el sentido de la estafa (12).

Una ventaja de esta manera de proceder consiste en que al enunciado relativo a la subsunción de un determinado hecho en el tipo podemos formularlo en muchos casos de manera más clara que lo que permite la determinación general del concepto del tipo (13). Si el autor apunta con un arma de juguete contra el pecho de la víctima y le exige que le entregue el dinero, sin que ésta se deje impresionar de ninguna manera, nos encontramos ante la pregunta de si el autor, según su representación, ha dado inicio de manera directa a la realización del tipo. Pero aquí no tenemos que discutir sobre la vaguedad y la indeterminación del criterio «inmediatamente», porque podemos alegar una definición parcial, en la que claramente se vea realizado este criterio. Esta definición parcial reza:

“ *Un comienzo de la ejecución tiene lugar siempre que el autor ya haya realizado una parte de la conducta típica.*

En esta situación de hecho el autor ha realizado íntegramente la conducta típica de la intimidación, aunque en vano.

Los juristas -y lamentablemente también con frecuencia el legislador- tienen la ambición de que cada enunciado que formulan sobre un concepto jurídico deba determinar completamente ese concepto. Así se llevan a cabo las llamadas definiciones y éstas no pueden hacer más claro y unívoco el concepto, ni expresar más que la misma descripción del concepto así definido. Con ayuda de definiciones parciales podemos abordar nuestros problemas con una resolución mucho mayor y llegar a subsunciones más inequívocas y convincentes.

Con ayuda de definiciones parciales podemos abordar nuestros problemas con una resolución mucho mayor y llegar a subsunciones más inequívocas y convincentes

Notas finales

(1) *Joecks/Hardtung*, en: Münchener Kommentar zum StGB, t. 4, 3ª ed., 2017, § 223 nm. 4.

(2) *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3ª ed., 2014, pp. 71 y s.

(3) *Ernemann*, en: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3ª ed., 2016, § 315 nm. 14.

* Nota del Traductor: Con la palabra *Beinaheunfall* la autora se refiere a una situación de peligro que se genera especialmente en el tráfico vehicular en el que en realidad no se llega a un resultado, sino que se hubiese llegado si las circunstancias concomitantes casuales se hubiesen dado de otra manera, como, por ejemplo, si el conductor hubiese llegado al lugar del accidente antes o después o si hubiese conducido más rápido o más despacio.

(4) En detalle, al respecto, *Puppe*, Kleine Schule (nota 2), pp. 73 y ss.

-
- (5) *Kühl*, en: Lackner/Kühl, StGB, 28ª ed., 2014, § 24 nm. 3.
- (6) *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, 2ª ed., 1982, p. 37.
- (7) *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3ª ed., 1963, p. 15.; *Alexy*, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, en: Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann (eds.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, p. 113 (115); *Kuhlen*, «Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre», ebd., p. 61 (62 y ss.); *Neumann*, «Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung», en: Gabriel/Gröschner (ed.), Subsumtion, p. 311 (324 y ss.).
- (8) *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, pp. 105 y ss.
- (9) *Puppe*, Kleine Schule (nota 2), pp. 78 y ss.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, pp. 273 y ss., especialmente p. 280; *Kuhlen*, Regel und Fall (nota 7), S. 61 (66).
- (10) *v. Savigny*, Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren, 5ª ed., 1980, pp. 143 y ss.
- (11) *Arthur Kaufmann*, Analogie (nota 6), p. 39.
- (12) Cfr. la decisión consultiva (*Anfragebeschluss*) de la Sala 2ª del BGH, NStZ 2016, 596 y las decisiones de respuesta (*Antwortbeschlüsse*) de las Salas 1ª, NStZ-RR 2017, 112, y 3ª, NStZ-RR 2017, 244.
- (13) *Puppe*, Armin Kaufmann-GS, 1989, p. 15 (23 y ss.) = Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, p. 79 (88 y s.); *la misma*, Kleine Schule (nota 3), pp. 84 y ss.