

EL MÉTODO DE CASOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL

Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Profesor en la Universidad San Buenaventura de Cali y magistrado del Tribunal de la misma ciudad.

“Porque es obvio que la lectura y la esforzada retención de los textos y de las glosas van cayendo en el olvido, en relación directa con la cantidad de los volúmenes que los contienen, y entonces, la dorada ilusión de los dieciocho años, la borrosa vocación que precisa afirmarse, el cúmulo de necesidades espirituales a mano del hombre joven van siendo escurridos por una máquina que se torna inexorable: La técnica jurídica”.

HUMBERTO QUIROGA LAVIE.

El exceso de teorización y la falta de enseñanza en los aspectos prácticos del derecho, han sido obviados por los grandes maestros por medio de la metodología de solución de casos hipotéticos, más o menos adecuables a la realidad, de tal manera que los alumnos tengan la oportunidad de aplicar la norma jurídica, buscándole una solución al problema planteado. KERN afirma que el derecho “pretende profundizar el saber teórico y promover la comprensión del alcance práctico de los principios jurídicos y, por el otro, tiende a instruir al estudiante en vista de su actividad práctica posterior”¹.

La metodología de casos es de máxima importancia para que el estudiante aprenda a interpretar la ley penal, y adecue su formación para el futuro ejercicio profesional; y respecto de la dogmática, lo habilita para entender, analizar, resolver y aplicar los conceptos técnicos originados en la ley penal, específicamente los originados en la concepción dogmática del delito.

Es un método ideal para salirse del exceso de teorización y se presta para combinar con la clase magistral, pero debe reconocerse que los resultados no son óptimos en la forma utilizada universalmente, pues convierte al futuro abogado en una tecnócrata de la ley, que se preocupa fundamentalmente de sus problemas técnicos y formalistas, olvidando en un momento determinado el contenido de justicia y equidad que ella debe tener. Lo anterior nos lleva a formular algunas variantes, que contribuirán a formar técnicamente al abogado para su futuro ejercicio profesional, forzándolo a la formulación de problemas axiológicos y políticos y el planteamiento de los problemas que debe analizar y

valorar el legislador en el momento de la formulación de la norma. Porque seguimos considerando que la Universidad, además de formar al futuro profesional, que encuentra en el derecho un posible medio de subsistencia, debe preocuparse en la formación de severos críticos sociales e institucionales, que garanticen la necesaria evolución del sistema democrático a un sistema final de justicia, que es la búsqueda final de toda organización social; creando además las habilidades técnicas y de formación axiológica necesarias para que en un momento determinado tenga la capacidad de concretar en norma su personal concepción de justicia.

El profesor JIMÉNEZ DE ASÚA inició esta metodología en la Universidad de Madrid en los años 20, cuatro años después de haber sido encargado de la cátedra de derecho penal, y dos de haberla ganado por concurso-oposición. ÉMILE GARÇON en París la usaba desde la primera década del siglo; en Alemania FRANZ VON LISZT publicó una obra de esta naturaleza en 1876; en Suiza CARLOS STOOS en 1913; en Alemania con posterioridad se publicaron obras similares, como la de GRAF A. ZU DOHNA en 1930; la de R. FRANK en 1933; siendo la más conocida la *Metodología jurídica penal* de JAMES GOLDSCHMIDT, publicada en edición española en 1935, que presenta la solución de los casos².

En época más reciente los profesores de la Universidad de Tubinga, EDUARD KERN³ y JÜRGEN BAUMANN⁴; JOHANNES WESSELS⁵; en Argentina BACIGALUPO⁶, y entre nosotros RIVERA LLANO⁷, han realizado interesantes publicaciones con esta metodología, resultado de una larga experiencia docente⁸.

Los casos planteados pueden ser hipotéticos, pero con posibilidades reales; no tendría utilidad práctica la formulación de casos fantásticos y con poca o ninguna posibilidad de darse en la fenomenología social; ni complejos o rebuscados, pues lo que se pretende es motivar al estudiante con problemas que pueda solucionar, para que aprecie la aplicabilidad de la teoría y a medida que vaya adquiriendo mayores destrezas se pueda plantear casos de mayor complejidad.

² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, t. v, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945, págs. 95 y ss.

³ EDUARD KERN, *Casos de derecho penal* (parte general), Buenos Aires, Editorial Depalma, 1976; *Casos de derecho penal* (parte especial), Buenos Aires, Edit. Depalma, 1976.

⁴ JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática de casos*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1973.

⁵ JOHANNES WESSELS, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980.

⁶ ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1974.

⁷ ABELARDO RIVERA LLANO, *El método jurídico penal* (Guía para la solución de casos prácticos), Bogotá, Fotolitografía Impresos, 1981.

⁸ WESSELS en la obra citada menciona algunos autores que han publicado guías para la solución de casos penales entre los que podemos recordar a ARZT “Los trabajos de derecho penal realizados bajo vigilancia” 1975; BAUMANN-ARZT WEBER “Casos penales y soluciones” 1976; KIENAPFEL, 1975; MAURACH-GOSSEL “Casos y soluciones según las decisiones de los más altos tribunales alemanes” 1973; OTTO “Ejercicios en derecho penal”, 1974; ROXIN-SCHÜNEMANN-HAFFKEL “Ejercicios de derecho penal realizados bajo vigilancia con repaso de casos” 1975.

¹ EDUARD KERN, *Guía para el tratamiento de casos de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1968, pág. 3.

Podría tenerse como material auxiliar las revistas jurisprudenciales, teniendo cuidado que el estudiante no conozca cuál ha sido la solución del problema dada por el juez o tribunal, permitiendo *a posteriori* la comparación crítica.

Es importante recurrir al auxilio de las autoridades judiciales, para que permitan fotocopiar procesos completos, fallados definitivamente, para que profesor y estudiante encuentren en sus folios múltiples posibilidades de ejercitaciones prácticas.

Estos ejercicios hipotéticos se pueden invertir en su formulación con idénticos resultados positivos en la formación del futuro profesional. Cada vez que el profesor termine de explicar magistralmente un título o capítulo del Código, el estudiante planteará casos correspondientes a los tipos o conceptos jurídicos aprendidos. Si en el primer evento la solución por parte del estudiante demuestra la capacidad teórica y la destreza lógica para solucionar el caso, en el segundo solo la adecuación perfecta del caso formulado a la norma estudiada nos demostrará la comprensión total del fenómeno analizado. Al igual que en las matemáticas, solo quien tiene un absoluto dominio de la teoría y de la destreza, es capaz de solucionar el problema propuesto y a su vez plantear uno que se adecue a una determinada teoría o formulación normativa.

De acuerdo con el grado de adelanto del curso, y que este sea de penal general o de penal especial, los ejercicios consistirán en la determinación de la ley aplicable según los factores temporales, especiales y personales de validez; la posibilidad de ofrecer o conceder la extradición; existencia de concursos o de los dispositivos amplificadores del tipo, casos de comunicabilidad de circunstancias, etc.

En lo relacionado con la teoría del delito, se determinará la existencia de la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y sus factores negativos, y finalmente de la punibilidad y posibilidades para la concesión de los subrogados penales, prescripción, etc.

Todos y cada uno de los capítulos del derecho penal, dan la oportunidad de hacer ejercicios mediante el método de casos, y a medida que avance el desarrollo de la materia se puede ir combinando un mayor número de factores; de esta forma, a la finalización del curso, el alumno estará capacitado para solucionar un caso con toda la problemática que el hecho puede proporcionar.

En desarrollo del derecho penal especial, la ejercitación aconsejada brinda la ocasión para que el estudiante se esfuerce en realizar un permanente repaso de las teorías de la parte general, puesto que, en todo caso, el estudio de aquel conduce al examen de problemas propios de esta.

En este manual se acoge el método exegético, pues sus destinatarios son, precisamente, personas que apenas se inician en el aprendizaje del derecho penal, y este sistema las adentra en el conocimiento del Código y en su sabio manejo, dándoles breves y sencillas explicaciones sobre los conceptos jurídicos instituidos en todos y cada uno de sus artículos y evitando lo que en algunas obras que explican el derecho penal, siguiendo el ordenamiento lógico de la teoría del delito dentro del camino trazado por la dogmática, que siendo de fácil consulta para el abogado en ejercicio o para los estudiantes de cursos más avan-

zados, no lo son para el principiante, que encuentra algunas dificultades para entrelazar esas grandes concepciones jurídicas con el articulado. Con la adopción de este sistema se pretende demostrar que todas las grandes teorizaciones que los juristas pueden hacer en derecho penal se fundamentan principalmente en las normas del Código, y porque considerada la elementalidad de la obra, lograda esa concatenación entre norma y teoría, deja la puerta abierta para que el estudioso consulte la temática en obras de mayor profundidad que acogen sistemas didácticos diversos al adoptado.

Sobre esta base el método de la casuística enfrenta al profesor a explicar al estudiante el concepto de legalidad instituido en el primer artículo del Código Penal, y luego de señalar su origen histórico, su contenido e importancia, procederá en práctica la metodología del caso, mediante ejemplos de conductas que no estén previstas como delitos, para que los estudiantes examinen el Código Penal y concluyan si se trata o no de conducta contemplada como ilícita. Se presta para este tipo de ejercitaciones la utilización de los derogados códigos de 1890 y 1936 en relación con tipos que dejaron de serlo en el actual Código Penal.

De igual manera planteará hipótesis sobre personas condenadas a diversas penas, para que determine las penas correctamente señaladas por corresponder al principio de legalidad.

Debe inducirse a los estudiantes para que propongan ejemplos similares e insistir sobre este punto, con el fin de poner a prueba su capacidad no solo de resolver el caso planteado por el profesor, sino el propuesto por él.

En la tipicidad (art. 3°) luego de los aspectos históricos y conceptuales de la teoría se comenzará a proponer casos de conductas típicas, atípicas (por atipicidad relativa o absoluta) para que el discípulo llegue a sus propias conclusiones. Dar y exigir al alumno casos de tipos con sujeto activo, pasivo, indiferente y calificado, se hará una inventario de los delitos que contienen sujetos activos calificados, decidiendo el tipo de cualificación de cada uno.

Del Código determinarán los verbos rectores y los verbos auxiliares, los tipos de resultado y de mera conducta, el objeto jurídico y el objeto material. Exponiendo casos para que el estudiante realice sus reflexiones.

Se determinarán los tipos con elementos normativos o subjetivos; deben darse casos de conductas que contengan tales elementos, como también los tipos básicos y subordinados, los tipos completos e incompletos; de conducta monosubjetiva y de conducta alternativa, plurisubjetivos, etc.

Todos y cada uno de los elementos de la tipicidad sirven para que el profesor o el estudiante ejemplifiquen y este último obligue al estudiante a utilizar el Código, buscando todos y cada uno de los tipos que contengan el elemento estudiado.

Explicada la teoría de la tipicidad, se pueden proponer problemas de mayor complejidad habilitando al estudiante para adquirir las destrezas de un futuro legislador. Hacerlo redactar un determinado tipo de resultado y luego convertirlo en uno de mera conducta, o agregarle elementos subjetivos o normativos que no contenga, y que explique las consecuencias jurídicas que tales cambios generan.

Como trabajo de reflexión escoger un derecho que no aparezca protegido penalmente, por ejemplo, el derecho financiero, que hoy solo es objeto de tratamiento en el derecho administrativo para que redacten un capítulo que contenga las normas penales necesarias para la protección del mismo; o, en su defecto, podría trabajarse sobre algunos derechos tutelados, tales como el orden económico, pero en relación con determinadas conductas no previstas como ilícitas en el actual catálogo de los delitos, por ejemplo, la relativa al delito publicitario, cuando se exagera o se miente con respecto a las calidades o bondades de un determinado artículo. Explicando al estudiante el fenómeno social que se quiere reprimir, deben plantear proyectos de legislación en ese sentido.

Esta última modalidad de la metodología del caso es particularmente importante, porque el sistema tradicionalmente utilizado convierte al futuro abogado en un cultor exagerado de la ley, considerando que su misión es adecuar conductas humanas dentro de determinadas normas, deshumanizándose y perdiendo contacto con la realidad social. Con las adiciones propuestas se obliga al estudiante a reflexionar sobre los derechos merecedores de protección penal, se lo obliga a colocarse en la perspectiva del legislador, con todas las connotaciones que el problema acarrea, ya no solo de carácter dogmático, sino fundamentalmente de valoración social y política.

También se les puede imponer la tarea de examinar códigos extranjeros, para que establezcan en relación con un determinado delito, comparado con nuestra norma, cuál aparece más técnicamente formulado. O qué conductas que aparecen en esa legislación merecerían ser criminalizadas entre nosotros, o cuáles de las que tenemos merecen la desacriminación.

En esta etapa de la formación es importante que el estudiante, para un mejor entendimiento del concurso aparente de tipos, busque aquellos de conductas similares, para que sobre la práctica pueda advertir cuándo es aplicable el principio de la subsidiariedad, especialidad, alternatividad o subsunción.

En la explicación de la antijuridicidad (art. 4°) se han de dar casos de conductas inocuas o irrelevantes para el derecho penal; otras que siendo antijurídicas, esto es, contrarias a derecho, pero sin contradecir un derecho penalmente tutelado; conductas antijurídicas desde la perspectiva penal y conducta que, aun conculcando derechos penalmente protegidos, se encuentren justificadas (tanto por justificación legal, como extralegal).

Debe plantearse al estudiante un problema de valoración entre delitos de resultado y de mera conducta o de peligro, para que dé una explicación de la razón que tuvo el legislador para redactarlo en una u otra forma.

En aquellos delitos pluriofensivos tales como la usura, giro irregular de cheques, extorsión, secuestro, etc., debe el estudiante hacer un análisis de los diversos derechos conculcados y expresar su opinión con relación a si está de acuerdo con el título donde se encuentra ubicado o si considera más correcta su ubicación en otro.

Para que el estudiante detecte o no la existencia de un tratamiento legislativo diferencial se lo ha de hacer comparar conductas más o menos similares que atenten contra derechos de diversa naturaleza y las razones de su dife-

rencia en relación con la punibilidad, tal el caso de abusos de autoridad por omisión de denuncia y el encubrimiento; la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso y medida y la estafa⁹.

Establecer comparaciones entre los macroderechos protegidos, estado, colectividad, individuo y sus correlaciones punitivas, para ver si se adecuan a las valoraciones y conceptos culturales dominantes y/o a las expectativas históricas de nuestra sociedad.

Se ha de explicar la razón política de la ley y desentrañar su contenido ideológico. La protección de los derechos individuales en relación con la protección de los derechos sociales y la importancia punitiva que se les da. Comparar dicha importancia con la trascendencia real que esos derechos tienen dentro del criterio valorativo del estudiante.

Tocante al aspecto ideológico de la norma penal, hacer comparaciones con códigos orientados por sistemas políticos distintos al nuestro, tal el caso del Código Penal cubano o ruso.

Plantear el problema de la defensa de los derechos individuales y sociales y su correcto o incorrecto tratamiento. Las consecuencias dañinas de unos y otros y su correlación punitiva.

Plantear el interrogante a través del análisis de la criminalidad convencional y la llamada de "cuello blanco". Valorarlas y explicar su daño y su sanción.

Los problemas originados en el derecho penal económico y las formas posibles del control a la denominada delincuencia corporativa.

En la explicación de las causas de justificación de preferencia se darán las nociones históricas y los aspectos técnicos, omitiendo las razones filosóficas o históricas que se han dado para explicarlas, para que el estudiante, de acuerdo con su escala de valores, dé las razones por las que considera que son aceptables o las razones por las cuales considera que deberían rechazarse.

Se deben hacer comparaciones con legislaciones extranjeras, respecto de cuáles son los derechos protegidos en ellas y qué conductas difieren de las nuestras, para que el estudiante elabore un juicio personal en cuanto a la bondad o mejor concepción técnica de cada una de ellas y fundamentalmente los valores y derechos protegidos en una y otra.

Asimismo se deben hacer comparaciones acerca de la punibilidad, para determinar si la importancia del derecho tutelado corresponde a la sanción imponible y si ella guarda relación con la punibilidad señalada a delitos que conculquen derechos más o menos importantes.

Sobre la concepción de justicia de cada uno y conforme a su escala axiológica, debe el estudiante formular críticas a los delitos que deben ser desacriminados y cuáles conductas, por el contrario, criminalizadas, debiendo dar las razones en que se fundamenta para tales propuestas.

⁹ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales en el nuevo Código Penal". *Nuevo Foro Penal*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 180; *Derecho penal. Mito o realidad*. Estudios de derecho penal en memoria de don Luis Zafra, Cali, Editorial Feriva, 1981, pág. 177

Se puede incluso elaborar pequeñas encuestas para que los estudiantes australianen el sentimiento social, la reacción social en relación con determinadas conductas típicas o atípicas de especial importancia, por su frecuencia, por su nocividad, etc., para que elaboren proyectos de legislación atinentes al tema escogido, teniendo en cuenta esa reacción social; o para que determinen si la ley vigente armoniza con el sentir social o si por el contrario este indica la necesidad de su cambio.

Se han de realizar investigaciones, buscando las razones por las que algunas normas, a pesar de estar vigentes y de saber que son violadas, no figuran estas infracciones entre los comunes de la estadística criminal. Que se trate de determinar cuáles son los problemas normativos, sociales o políticos que hacen inaplicable determinada norma.

En relación con la aplicación del método de casos en la enseñanza de la culpabilidad (art. 5 y concordantes) se deben dar ejemplos de conductas culpables e inculpables, especialmente de aquellas en que interviene la fuerza mayor o el caso fortuito, porque generalmente el estudiante es dado a confundir estos dos fenómenos.

Se deben explicar casos de conductas típicas culpables, pero no antijurídicas; y típicas y antijurídicas, pero no culpables.

Casos de legítima defensa, real y putativa, para que mediante su análisis los estudiantes puedan desentrañar la diversa naturaleza de ellas.

Ejercicios con legislaciones extranjeras, para que de acuerdo con las críticas formuladas a nuestra ley el estudiante tenga la oportunidad de escoger otros modelos y proponer proyectos de legislación que corrijan los errores anotados.

Sería inacabable seguir haciendo una enumeración de todas las posibilidades didácticas que surgen de la aplicación adecuada con la metodología del caso, debiéndose observar que, dentro de la tradicional forma de practicarse, se pone énfasis en los aspectos técnicos de la dogmática, preparando al estudiante para el futuro ejercicio profesional. Con las variantes y modalidades propuestas se logra la misma finalidad, pero dándole especial importancia a la formación, antes que a la información; se observa el definido propósito de formar espíritus críticos para la forja de una nueva sociedad y una nueva estructura jurídica; la búsqueda no de simple técnicos, sino de humanistas, integralmente enraizados con la problemática social y sus expectativas históricas; abogados en los que predomina un personal concepto de la justicia y la equidad y no mecánicos aplicadores de la ley; la formación de los futuros dirigentes con capacidad técnica, crítica y valorativa para hacer la nueva ley, que corresponde a nuestra idiosincrasia, a nuestros problemas y valores y, por sobre todo, tenemos que insistir en ello, en la creación de un abogado íntegramente regido por el principio de la justicia¹⁰.

I) JIMÉNEZ DE ASÚA nos plantea un caso y su solución de la siguiente forma: "Para que pueda verse, de manera más fácil, la esencia misma del sistema, pondré un caso ejemplar, y, esquemáticamente, expondré los puntos debatibles y la resolución.

"El caso no es una hipótesis tomada de libro alguno, sino un hecho real acontecido en Córdoba y juzgado por aquella Cámara en lo Criminal. Es sobremanera interesante, y el fallo, que yo no tacho de incorrecto, puede ser controvertido y solucionado de otro modo. Al transcribirse lo reduzco a su escueta fórmula de caso docente, y refuerzo algunos detalles de importancia para fines universitarios.

"El señor Pedro Ramírez —no hay que advertir que el nombre es ficticio— habita en las afueras de la ciudad, en compañía de su esposa. Desde hace algunas semanas son frecuentes los asaltos y robos en las inmediaciones de su casa. En la noche del 5 de enero de 19... la mujer, que yace en el mismo lecho que su marido, le despierta sobresaltada porque cree haber escuchado ruidos sospechosos. El marido la tranquiliza y la señora Ramírez, que no sale de su pánico, le pide que coloque una bala en el tambor de su revólver. Así lo hace don Pedro, y se duerme profundamente. El señor Ramírez se despierta sobresaltado por el ruido «que produjo el pasador de la puerta de su habitación al ser movida la misma», y «entre dormido y despierto» —son las propias palabras del acusado— vio destacarse en el vano de la puerta la silueta de un hombre alto, vestido de blanco, por lo cual, sin tiempo para reflexionar, y creyendo que se trataba de un maleante, tomó rápidamente su revólver, con el que hizo fuego, percatándose de que había dado en el blanco. Oyóse un grito. El señor Ramírez cree que su esposa está aterrorizada y al volverse en el lecho para tranquilizarla encuentra su puesto vacío. Entonces comprende rápida y dolorosamente. Se arroja de la cama, corre a la puerta y ve allí, ensangrentada, a su propia mujer agonizante. La señora de Ramírez, mientras el marido dormía profundamente habíase levantado para inspeccionar la casa, movida por el pánico. Al regresar a su habitación es cuando el marido, entre sueños, la confunde con un maleante vestido de blanco y la mata.

"Véase cómo se discute y resuelve este hecho. Parece innecesario advertir que solo doy un esquema, y no el contenido de doctrina, dogmática y jurisprudencia que se usa en el debate y resolución de los casos penales.

"A) *Tipicidad*. Objetivamente considerado el acto, parecería subsumible en el art. 80, num. 1° del Código Penal argentino puesto que el señor Ramírez ha dado muerte a «su cónyuge», por acción; pero si consideramos la ausencia del elemento subjetivo («Sabiendo» que es el cónyuge) el tipo sería el homicidio simple del art. 79, dejando a un lado los problemas que suscita la «figura rectora» y el «tipo de culpabilidad».

"B) *Antijuridicidad*. También esta característica del delito ha de ser contemplada objetivamente. Desde este punto de vista, aunque pueda alegarse —a mi juicio sin éxito— la presencia de una «defensa putativa», esta no es una causa de justificación, sino, como luego veremos, una causa de inculpabilidad. Solo siguiendo el criterio de JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, que habla de la «legítima defensa subjetiva» con amplitud enorme, y de LORENZO CARNELLI, podría la defensa putativa ser una causa de justificación.

"C) *Imputabilidad*. A mi entender esta es la que falta. El señor Ramírez se hallaba en un estado «crepuscular del sueño»; en la «embriaguez por sueño»

¹⁰ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, págs. 106, 107, 108, 109 y 110.

de que habló ya KRAFFT-EBING; *Schlafrunkenheit*, que produce un auténtico estado de inconsciencia. Solo así se explica, como luego veremos, que el señor Ramírez incidiera en el inexcusable error de confundir a su mujer con un maleante. El estado de inconsciencia es, pues, completo, por la «embriaguez del sueño». Corresponde, por tanto, explicar el num. 1º, del art. 34 del Código Penal argentino. Un caso de muy parecida índole aconteció en España. Un hombre que vivía solo, soñaba una noche que asaltaban su casa. En el estado «crepuscular del sueño» oyó golpear en la puerta. Acudió armado, abrió y, sin preguntar nada, disparó contra el bulto que se señalaba en el marco de la puerta. Era un muchacho que traía un telegrama a altas horas de la noche y a quien el homicida jamás había visto. Es otro caso típico de «embriaguez por sueño».

"D) *Culpabilidad*. Evidentemente si falta la imputabilidad, es decir, el supuesto de capacidad para conocer lo típicamente antijurídico de la acción, no puede haber culpabilidad. Pero para fines docentes, se precisa examinar todos los caracteres. Son causas de exclusión de la culpabilidad, el error y los espacios y derivados del yerro.

"a) *Error*. Esta es la causa de inculpabilidad que aplica el Tribunal de Córdoba. Por razones humanitarias, más bien que técnicas, estima que el error es invencible. Pero la invencibilidad no puede demostrarse aquí objetivamente. ¿Cómo va a ser objetivamente invencible confundir a la propia mujer con un maleante vestido de blanco, en la propia habitación de dormir? Si es invencible el error es justamente por el estado de inconsciencia, «embriaguez de sueño», en que se hallaba el señor Ramírez. Y siendo así, lo que examine no es el efecto —error— sino la causa —inconsciencia— de que este error no fuere vencido.

"b) *Defensa putativa*. Es, en puridad, una forma de error, puesto que se trata de la admisión errónea, por parte del agente, de un supuesto que justifica el acto. Pero no excluye la antijuridicidad, ya que esta, como objetiva que es, ha de estar objetivamente eliminada, sino que incide, volatizándolo, en el dolo del agente, y, por tanto, en la culpabilidad. Esta es la *communis opinio*, a pesar de las reservas de VON LISZT y de las observaciones de MAX ERNST MAYER. El sentir más general, y a mi juicio el correcto, se halla representado, en el campo monográfico, por el estimable opúsculo de JERSCHKE, y entre los tratadistas por VON HIPPEL, FRANK, GERLAND, BELING, SAUER, MEZGER, EBERHARD SCHMIDT, etc.; JOSÉ PECO y SEBASTIÁN SOLER sustentan el criterio exacto en la Argentina. El primero aplicó la teoría a la dogmática del Código de 1922 en la famosa defensa de BESSONE, que será en breve publicada con un estudio doctrinal y de legislación comparada, seguramente el más completo que sobre el tema existe. A mi juicio, en el caso ahora planteado no hay una verdadera defensa putativa. Desde el plano subjetivo del que obra deben darse todos los caracteres de la legítima defensa, y es obvio que no pueden considerarse subjetivamente presentes los requisitos que establece el último párrafo del núm. 6º del art. 34 del Código Penal argentino, ya que nada en la conducta de la infeliz esposa, tomada por el maleante vestido de blanco, pudo hacer creer al semidormido esposo que el fantástico intruso hacía la «resistencia» reclamada por el texto legal, ni aun en el aspecto negativo con que entiende esta

actitud la jurisprudencia. No existe, pues, a mi parecer, defensa putativa en el caso planteado.

"E) *Otros problemas*. No hay para qué estudiar, por no existir en el tipo de conyugicidio, las condiciones objetivas de punibilidad, ni circunstancias atenuantes o agravantes, y menos la pena correspondiente, por tratarse de un caso de absolucón.

"F) En resumen: No puede responsabilizarse criminalmente al señor Ramírez por la muerte de su cónyuge, porque concurre la causa de inimputabilidad de inconsciencia, conforme el art. 34, num. 1º del vigente Código Penal. La existencia de responsabilidad civil, que en las leyes españolas sería evidente, es un tema que me llevaría lejísimos y que en este momento sería inoportuno discutir.

"Como se ve, acostumbro a pasar revista a todos los caracteres del delito, incluso a aquellos, como la tipicidad ahora, que no están en entredicho en el caso concreto. De otro modo se operaba en Alemania. En los trabajos prácticos presentados en las Universidades germánicas solo se estudiaba el punto controvertido. A mí me parece más pedagógico analizar todas las características, incluso las que no ofrecen discusión en el supuesto sometido a examen".

II) EDUARD KERN¹¹, nos plantea un caso así:

"P, poseedor de canteras, explota una cantera, no de acuerdo con las reglamentaciones (en forma de terrazas), sino haciendo excavaciones y desplomes en una pared vertical. El obrero, competente pero temerario, al soltar desde abajo una pesada piedra que se había desplomado, fue alcanzado por ella en forma tal que falleció cuatro semanas después, a consecuencia de lesiones sufridas.

"SOLUCIÓN: Distribución:

"A. Cuestión relativa a la culpabilidad.

"I ¿Punibilidad de la explotación por ser en sí misma contraria a las reglamentaciones?

"II. ¿Homicidio culposo?

"1. Tipo 'P' ha causado la muerte de 'O'.

"a) ¿Acción u omisión?

"b) ¿*Conditio sine qua non*?

"c) ¿Interrupción del nexo causal?

"2. *Antijuridicidad*

"a) ¿Causas de justificación?

"b) En caso de omisión, ¿deber jurídico de acción positiva?

"3. *Culpabilidad*. ¿*Culpa*?

"a) ¿Inobservancia del cuidado necesario?

"b) ¿*Culpa* consciente o inconsciente?

"c) ¿Previsibilidad del resultado?

"d) ¿Culpabilidad concurrente de 'O'?

"A Propósito de los N.ºs. I y II: concurso

"B. Cuestión relativa a la pena.

"I Penas

¹¹ EDUARD KERN, (*Guía para casos de derecho penal*, ed. cit., págs. 53, 54, 55, 56 y 57).

"II. Medidas de seguridad

(Sobre la base de esta distribución, la exposición resulta sencilla. Lo principal es la distribución correcta).

Exposición:

"A. Cuestión relativa a la culpabilidad.

"I. 'P' se ha vuelto punible por ser la explotación en sí misma contraria a las reglamentaciones, o sea, antes de producirse la desgracia.

"1. No existe una exposición a peligro en el ámbito de las construcciones en el sentido del 330 del C. P., dado que una cantera no es una «construcción»; tampoco es una «obra» en el sentido del 367, párr. 1, núm. 14.

"2. Pero existen distintos reglamentos locales que contienen disposiciones penales acerca de la prevención de peligros emergentes de la explotación de las canteras; estos reglamentos han sido infringidos.

"II. El punto esencial reside en la cuestión de si 'P' ha causado culposamente la muerte de 'O'.

"1. En general, ¿la ha causado?

"a) La conducta de 'P' puede consistir en una acción positiva (explotación en sí incorrecta u orden de explotar en forma incorrecta) o en una omisión (omisión de órdenes correctas y de la vigilancia); una y otra resultan indiferentes; también puede haber un nexo causal entre una omisión y un resultado.

"b) Su conducta no puede suprimirse sin que el resultado desaparezca. No ha sido la única causa del resultado (la conducta de 'O' también ha sido *conditio sine qua non*); pero esto no es necesario.

"c) No concurre una interrupción del nexo causal, «una consunción de la participación causal del primer autor por un segundo autor», y, sobre todo, 'O' no ha causado dolosamente su muerte.

"En consecuencia, 'P' ha causado la muerte de 'O'.

"2. Antijuridicidad.

"a) La realización del tipo habla en favor de la antijuridicidad (es un «indicio» de ella); no concurren causas de justificación.

"b) Si existe una omisión, es antijurídica, dado que 'P' habría tenido el deber jurídico de actuar en forma positiva, y, precisamente, evitando el resultado, conforme a las disposiciones legales sobre la explotación de las canteras y al contrato de servicios; 'P' tiene un deber de cuidado y de vigilancia.

"3. *Culpabilidad*. No se da ni el dolo determinado, ni el indeterminado (no puede admitirse que 'P' haya consentido el resultado mortal —aunque lo haya considerado posible— en caso de producirse, sino que lo habría impedido si hubiera previsto con seguridad ese resultado); lo que solo viene al caso es la culpa.

"a) La culpa consiste en prescindir del cuidado necesario. A este se lo encarece particularmente en las disposiciones legales relativas a la explotación de las canteras, que precisamente quieren prevenir desgracias al ser explotadas en forma imprudente.

"b) La existencia de culpa consciente o inconsciente representa una cuestión de hecho, que, no obstante, no desempeña ningún papel (respecto de la culpa consciente vale el mismo marco penal que rige respecto de la inconsciente).

"c) La previsibilidad del resultado.

"aa) La desgracia era previsible. Aunque 'P' solo ocupara a obreros competentes, podría producirse una desgracia, incluso sin que concurriera la imprudencia de uno de ellos... Esto basta, no siendo necesario que fuera previsible el suceso que produjo la muerte de 'O'.

"bb) Un homicidio culposo presupone que fuera previsible un resultado mortal —una desgracia mortal—. Se le puede prever cuando caen pesadas piedras que están pendientes. De este modo, no viene al caso la lesión corporal culposa.

"d) La culpabilidad concurrente de 'O', que ha actuado con culpa grave, no excluye la culpabilidad de 'P'. La culpabilidad concurrente del lesionado solo tiene significado a los fines de la graduación de la pena (y además —pero esto no interesa aquí— a los fines del grado de la reparación del daño).

"A propósito de lo dicho en los num. 1-3, resulta que 'P' ha causado la muerte del obrero antijurídica y culposamente. Se castigará a 'P' con arreglo al art. 222 del C. P.

En cuanto a lo expuesto en los num. I y II, diremos que entre la explotación contraria a las disposiciones y el homicidio culposo existe unidad de hecho (art. 73 del C. P.). Pero también puede afirmarse la existencia del concurso de leyes (subsidiariedad del delito de peligro frente al art. 222 como delito de lesión).

"B. Consecuencias de hecho.

"I. La pena se extrae del art. 222: prisión, 27 b; en vez de prisión inferior a tres meses, pena pecuniaria. Suspensión de la pena por un período de prueba con arreglo al art. 23 del C. P.; pero confr. el 23, párr. 3, num. 1°.

"En cuanto a las medidas de seguridad, viene al caso la prohibición del ejercicio de la profesión (421)".

III. RIVERA LLANO¹² formula el caso de la siguiente manera:

"Basándonos en el «caso hipotético» que a continuación se consigna, exponemos la forma de aplicación del método jurídicopenal que se enseña en la materia.

"Julia Ramírez, de veinticinco años de edad, que presta sus servicios como sirvienta desde hace pocos días en la casa de los señores Del Carpio y Mendoza, ha tenido ocasión de observar, no obstante su corta permanencia en la casa, que la señora guarda sus valiosas joyas en un cajón del armario de luna de su alcoba, reservando otro de los cajones para guardar las alhajas de sus hijas.

"El nueve de abril de 1972, creyendo Julia que la señora ha salido a la calle, penetra en la alcoba y, encontrando abierto el armario, sustrae del primer cajón, que se halla sin llave, una magnífica pulsera avaluada en la suma de \$ 50.000.00. Al pretender abrir el segundo cajón se percata de que está con llave, razón por la cual se retira sigilosamente en busca de una palanqueta.

¹² ABELARDO RIVERA LLANO, *El método jurídico penal*, ed. cit., págs. 14, 15, 16, 17 y 18.

"Contra las suposiciones de la doméstica, la señora no ha salido y se encuentra vistiéndose detrás del biombo que existe en la misma habitación, desde cuyo lugar presencia, sin ser vista, las maniobras de la infiel criada. Al abandonar esta la alcoba, la señora Del Carpio y Mendoza, la sigue a prudente distancia, viendo cómo la sirvienta se dirige a su cuarto en el cual oculta la joya sustraída. La mentada dama altisonante, acude prestamente al teléfono y avisa a la policía. Acto seguido cuenta el hecho a su cocinera, encargándole que vigile a Julia y que, con cualquier pretexto no le permita salir de la casa.

"Julia, que no se sabe vigilada, vuelve al cuarto para sustraer el resto de las joyas, cuyo valor total sobrepasa a los \$ 100.000.00. Esta vez lleva consigo una palanqueta que con previsión había adquirido días antes, instrumento con el que fuerza el cajón, logra abrirlo y extrae las restantes joyas. Casi de inmediato se dirige a su cuarto para alistar la fuga.

"La policía llega en aquel instante y procede a la detención de Julia, recuperándose las joyas que ni siquiera pudieron ser extraídas a la calle.

"SOLUCIÓN POSIBLE:

"A) La ley penal.

"1. Determinación de la ley aplicable en orden al espacio. Art. 13 del C. P. (principio de territorialidad).

"2. Determinación de la ley aplicable en orden al tiempo. El hecho sucedió bajo la vigencia del actual C. P.

"3. Comprobación de la posible existencia de un concurso aparente de leyes. No hay.

"4. Comprobación de la posible existencia de un concurso real de delitos.

"Si bien es cierto que en el caso se relatan dos actos que tienen dimensiones jurídicopenales, también es verdad que ambos comportamientos son ejecutivos de una misma resolución criminal y han lesionado un bien jurídico tutelado por una misma ley penal. Se trata, pues, en nuestro criterio, de un delito continuado (concurso monotípico homogéneo sucesivo) (art. 26 Const. Nal.). La expresión «infracción repetida de una misma disposición de la ley penal...», que emplea nuestro Código en el citado art. 26, es, en nuestro sentir, equivalente a la expresión *stesse disposizione di legge*, que utiliza el C. P. italiano en su art. 81, debe entenderse como que se refiere a hechos de la misma especie, aunque no comprendidos en el mismo artículo de la ley y aun de diversa gravedad. La unidad de ley violada, pues, no significa que se trate de un mismo inciso o artículo. No variando la incriminación principal debe admitirse la continuidad.

"En el caso examinado, Julia realiza su primer acto de apoderamiento (art. 349 del C. P.) sin utilizar fuerza sobre las cosas, mas en el segundo acto de sustracción usa una palanqueta para forzar el cajón. La resolución criminal es la misma. Las violaciones de la misma ley se examinarán al estudiar la tipicidad.

"5. Comprobación de la posible existencia de un concurso ideal de delitos.

"No existe.

"6. Determinación del grado de participación del agente.

"Julia tiene la calidad de autora, de conformidad con el art. 349 - verbo rector.

"7. Comprobación de la etapa a que llegó el delito en su proceso ejecutivo.

"Julia ha realizado todo lo que tenía que hacer para que la ejecución fuera completa. Sin embargo, la consumación no se ha producido por causas que son ajenas a su voluntad. En el «caso» que se estudia, Julia no ha consumado su delito objetivamente, porque no ha existido real y efectivo «apoderamiento». Se trata, simplemente, de un delito frustrado (art. 22 del C. P.). El «apoderamiento», que exige nuestro C. P. para ciertos delitos contra el patrimonio, no solo consiste en la remoción (teoría de la *amotio*) de la cosa muebles (las joyas) del lugar que ocupaban (los cajones del armario) acompañada del *animus rem sibi habendi* (explicitado con el ocultamiento de la pulsera y preparación de la fuga), sino que, además, es necesario que el agente (Julia) haya sacado las cosas muebles (las joyas) de la esfera de vigilancia de quien tiene un derecho sobre las mismas (la señora Del Carpio y Mendoza observaba las maniobras de Julia) o de quien, por una u otra razón, se cree en el deber de custodiarla (la cocinera que recibió el encargo de vigilarla), haciendo imposible de esta manera la realización de actos de disposición (Julia en ningún momento tuvo abierta la posibilidad de vender las joyas, por ejemplo).

"La circunstancia de que en momento alguno Julia haya dejado de estar vigilada, de que gracias a esta vigilancia se descubrió su comportamiento avisándose a la policía, la que realizó su detención, sin que Julia haya tenido la posibilidad u oportunidad de disponer de las alhajas, nos permite afirmar que se trata de una frustración, de acuerdo con la interpretación que damos al término «apoderamiento», siguiendo más o menos la teoría de la *ablatio* de la cual PESSINA fue sostenedor.

"B) Teoría jurídica del delito.

"1. Reordenamiento del material objetivo.

"El día 9 de abril de 1972, Julia penetra en la alcoba de la señora Del Carpio y Mendoza y al encontrar abierto el armario y sin llave el primer cajón del mismo, sustrae una pulsera avaluada en \$ 50.000.00. Al encontrar cerrado el otro cajón se retira en busca de una palanqueta con la que después regresa, logrando forzar el cajón y sustraer las demás alhajas por valor de \$ 100.000.00. Julia en todo momento ha estado vigilada, siendo detenida por la policía cuando se preparaba para huir.

"2. Acción.

"El delito ha sido cometido mediante acción en sentido estricto, Julia ha realizado dos actos que, como ya dijimos, integran una sola acción por ser ejecutiva de una misma resolución criminal.

"3. Tipicidad.

"El comportamiento de Julia queda subsumido por el art. 349 del C. P.

"4. Antijuridicidad.

"No hay causas de justificación.

"5. Imputabilidad.

"No hay causas de inimputabilidad.

"6. Culpabilidad.

Julia ha actuado con dolo directo, evidentemente.

"7. Condiciones objetivas de punibilidad.

"El «caso» no da asidero para hacer este análisis.

"C) Determinación legal de la pena.

"1. Máximum y mínimum legal.

"Según el art. 349 del C. P. la pena aplicable es de uno a seis años de prisión. Se parte del mínimum (art. 61 del C. P.).

"2. Comprobación de la eventual presencia de una causa específica de circunstancia atenuante o agravante.

"En el «caso» hipotético concurre la circunstancia modificadora de agravación prevista en el numeral segundo del art. 351 del C. P. que aumenta la pena (partiendo del mínimum) a la mitad, si el hecho se cometiera «aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente»".

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Medellín

INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ART. 374 DEL CÓDIGO PENAL: LA REPARACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Para efectos del art. 374 del Código Penal, debe acogerse la tradicional confirmación de la Corte Suprema en esta materia, en el sentido de que "debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización en cuanto sea posible"; es por ello por lo que, al abrigo de la equidad y de la justicia, la referida disposición, aparentemente infortunada al no consagrar en forma alternativa la restitución o la indemnización, lo que quiso fue enfatizar en el ámbito de la indemnización.

COMENTARIO:

"Existe unanimidad en apreciar que el instrumento decisivo en la interpretación, debe radicar en la finalidad del precepto jurídico penal en el momento de su aplicación" (MAURACH).

En el número 15 de esta Revista, se publicó un atinado concepto del señor fiscal 4° del Tribunal Superior de Medellín¹, según el cual, el art. 374 del nuevo Código Penal debe entenderse no a la luz de una interpretación gramatical sino teleológica, propugnando el retorno al sentido del anterior art. 429 en cuanto que permitía la indemnización o la restitución, de forma alternativa, así como la reparación parcial como alguna vez llegó a reconocerlo la jurisprudencia², amén de dar plena trascendencia al *arrepentimiento*, siempre que se traduzca

¹ JOSÉ LIBARDO VÁSQUEZ L., "La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico". *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, 1982, págs. 535-538. El concepto fue acogido "de manera integral" por la corporación, mediante providencia de octubre 19 de 1981 con ponencia de la magistrada ALICIA ROLDÁN R., quien formó Sala con los magistrados EDILBERTO SOLÍS E. y JAIME TABORDA P.

² Tal jurisprudencia data de dos decisiones de la Corte, correspondientes a 21 de abril de 1950, "G. J.", LXVII, pág. 262; 4 de julio de 1952, "G. J.", LXXII, pág. 650. A tales decisiones se remite el Tribunal en la providencia comentada, de la cual destacamos el siguiente párrafo:

"Pero como muchas veces la devolución total no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales, hechos en tales circunstancias, no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente. Debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización cumplido en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta".