

LITERATURA JURÍDICA SOBRE CASOS PENALES

(Presentación y Comentario sobre el libro de los autores alemanes Albin Eser y Björn Burkhardt, "Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias").

Iris Edith La Salvia.

"Cinco sentidos; un intelecto incurablemente abstracto; una memoria azarosamente selectiva; un conjunto tan numeroso de prejuicios y supuestos que nunca puedo examinar más que una minoría y jamás llegar a ser siquiera consciente de todos ellos. ¿Cuánto de la realidad total puede captar ese aparato?".

C.S. Lewis "Una Pena Observada"

Sumamente complejo resulta en verdad, hallar los parámetros adecuados que nos permitan realizar una aproximación apropiada a cualquiera de las innumerables facetas del quehacer humano.

Aquellas limitaciones que magistralmente resume en la cita del acápite precedente el erudito escritor irlandés Cleve Staples Lewis, representan los obstáculos permanentes a los que se enfrenta el hombre ante cualquier intento serio de reflexión, sin que pueda escapar de ellos en ninguna de sus actividades, incluyendo la científica.

Si bien en el ámbito de la ciencia los riesgos que tales limitaciones implican, se ven ostensiblemente reducidos en virtud de los rigurosos criterios impuestos por su metodología, no pueden considerarse absolutamente superados, toda vez que la estructuración misma del

quehacer científico está determinado por el paradigma que lo rige, conformando una representación de la realidad simplificada y esquemática, parcial y selectiva, a la vez que meramente provisional.

En el ámbito específico del quehacer jurídico, nuestra metodología no debe perder jamás de vista la constante presencia de aquellas limitaciones, que se ven exacerbadas ante la complejidad del **Caso Penal**, en el que se mezclan y discurren graves conflictos humanos que requieren ser abordados mediante un adecuado enfoque interdisciplinario.

Precisamente la mutación de los paradigmas se considera una constante en la historia del Derecho Penal, reflejándose en las distintas respuestas del sistema punitivo, expresadas en las diversas concepciones del delito, el delincuente, la víctima, la pena y las restantes consecuencias jurídico-penales que derivan del primero.

No obstante, en esa historia ha resultado preeminente la presencia de un enfoque casi exclusivo; el de la Dogmática Penal.

Es por ello que al abordar la Literatura jurídica sobre Casos Penales, el tratamiento de los mismos por parte de los diversos autores en diferentes latitudes, se concreta siempre a través del prisma de la Dogmática Penal.

Particularmente, en esta ocasión, nos ocuparemos de efectuar una breve reseña respecto del libro de los autores alemanes **Albin Eser** (catedrático de la Universidad de Friburgo y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional) y **Björn Burkhardt** (catedrático de la Universidad de Mannheim), denominado en su edición castellana "**Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias**", en la traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Canció Meliá, editado por Editorial Colex -1995-, correspondiente al volumen 1 de la Parte General, referido al

“Strafgesetzbuch” (Código Penal Alemán). (La obra en su original alemán consta de 4 volúmenes).

En dicho análisis lo ubicaremos contextualmente con sintéticas referencias a los libros del Profesor **Enrique Bacigalupo** (catedrático de Derecho Penal y Magistrado del Tribunal Supremo Español) referido al Código Penal Español, denominado **“Técnica de resolución de casos penales”**, publicado por editorial Hammurabi en Buenos Aires en el año 1990 y el de los Profesores de la Universidad de Buenos Aires, **Norberto Spolansky, Alejandro Carrió y Luis García**, referido al Código Penal Argentino, denominado **“Casos y Problemas de Derecho Penal”** editado por Lerner Editores Asociados, las que serán oportunamente efectuadas luego del análisis de la obra central que nos ocupa.

Destaquemos en primer lugar, que la intención de todos los autores en la publicación de dicha bibliografía, está dirigida a evitar “el divorcio entre la enseñanza universitaria y la práctica forense” al decir del eminente Profesor Dr. Luis Jiménez de Asúa, citado por Enrique Bacigalupo en la presentación a la edición española del libro de Eser-Burkhardt.

Advertimos que todos los libros de estas características intentan conducir al aprendizaje del derecho, mediante la aplicación de las nociones teóricas a casos penales, reales o ficticios. Algunos de ellos utilizan los tipos de casos que se presentan diariamente en la actividad tribunalicia, recurriendo a las colecciones de sentencias de los tribunales más destacados.

El libro de los autores alemanes Eser-Burkhardt, del que nos ocupamos en el presente artículo, se ubica en una posición intermedia entre los manuales sistemáticos de Derecho Penal y las colecciones de casos prácticos.

COMENTARIOS SURGIDOS DEL ANÁLISIS GENERAL DE LA OBRA:**INTRODUCCIÓN:**

El libro de los profesores alemanes contribuye al acercamiento entre la actividad científica y la tarea cotidiana de aplicar el Derecho, señalando expresamente en su presentación a la edición española, Enrique Bacigalupo "los autores presentan el análisis jurisprudencial, a partir de rigurosas 'categorías dogmáticas'...". Ello pone de relieve dos aspectos a destacar del libro comentado; por un lado, la superación del tratamiento habitual en este tipo de obras -propenso a la invención de casos tan improbables como absurdos-, que los autores logran mediante la utilización de casos reales, que fueron objeto de un concreto proceso judicial arribado a sentencia. Indudablemente este aspecto torna recomendable la consulta de la obra, en virtud del contacto con el caso real judicial.

Por otro lado, las palabras de Enrique Bacigalupo citadas precedentemente, así como el mismo título de la obra, deben servirnos de advertencia en relación a las expectativas que nos formemos en cuanto a las características de la misma, pues toda vez que los autores se atienen a "rigurosas categorías dogmáticas" en su análisis jurisprudencial, no escapan al criterio dominante de utilizar, en definitiva, el "caso" solamente como "ilustración" de las categorías creadas por la dogmática. El fundamento de dicho tratamiento se encuentra en una razón subyacente a todas las explicaciones doctrinarias de similar origen, a saber; la finalidad última, consiste en iniciar en el aprendizaje

del instrumental normativo y conceptual elaborado por la dogmática, y no en la enseñanza del "caso" en sí mismo, con sus avatares e implicancias reales.

Tal posición tiene dos consecuencias importantes: los casos que no presenten interés para determinados conceptos de la dogmática, no serán incluidos en análisis de este tipo. En tanto, las diversas complejidades extra-dogmáticas, del caso analizado, son descuidadas o ignoradas, como sucede, por ejemplo con las cuestiones que requieren un análisis interdisciplinario.

No obstante estas salvedades, la obra presenta un enfoque interesante, tanto por el primer aspecto destacado respecto del carácter real de los casos, cuanto por el conocimiento que aporta acerca del derecho alemán vigente y evolución jurisprudencial de los más destacados tribunales de Alemania.

El enriquecimiento que pueda surgir de su consulta en los distintos niveles académicos, dependerá de la conciencia que el lector posea acerca de los dos aspectos precedentemente señalados, que pueden apreciarse como los extremos (de contribución y limitación, respectivamente), entre los cuales transcurre el tratamiento otorgado por los autores a los casos empleados en la obra comentada.

MÉTODO DIDÁCTICO UTILIZADO

Uno de sus autores, Albin Eser, indica en su Prólogo que el libro ocupa una "posición intermedia" entre los manuales sistemáticos de Derecho Penal y las colecciones de casos prácticos. Toda vez que al igual que los libros de casos, sigue un método inductivo, presentando a la materia sobre la base de casos -provenientes de sentencias judiciales-,

en tanto como los manuales, ofrece una visión panorámica de las cuestiones con una finalidad sistemática.

Refiere haber seguido el "método inductivo-sistemático", inspirado en sus estudios realizados en Estados Unidos, donde se empleaban los casos de sentencias judiciales para introducir al problema, pero intentó superar la deficiencia de permanecer en visiones de carácter particular, sin un contexto más amplio, a través del desarrollo de este "método mixto" o intermedio, que partiendo desde una sentencia judicial, ofrece finalmente un panorama sistemático general.

Crítica del método:

Si bien el análisis se inicia a partir de un caso real concreto, en su desarrollo va introduciendo progresivamente otros elementos que le otorgan mayor complejidad, ingresando así nuevos problemas en forma sistemática. Este modo de proceder tiene la ventaja de permitir abordar un número considerable de temas generales, pero adolece del serio inconveniente de terminar perdiendo de vista el caso inicialmente planteado.

La metodología, en sus características podrá apreciarse más adecuadamente cuando se efectúe, párrafos más adelante, el análisis en particular del tratamiento otorgado por los autores a alguno de los casos, seleccionado por ser representativo del libro analizado.

CARACTERÍSTICAS DEL LIBRO:

- Opera con casos **reales**.
- Interpreta la argumentación del Tribunal y la analiza críticamente, en función de las Teorías dominantes.

ORGANIZACIÓN DE LA OBRA

- El punto de partida y línea directriz, lo constituye siempre un caso que fue objeto de una sentencia de un Tribunal Superior.
- Para control y crítica del lector, reproduce en forma literal los Fundamentos esenciales de la Sentencia.
- Luego profundiza el Problema, analizando la sentencia en cuanto a su consistencia o necesidad de complementación, ampliando la visión al contexto general lógico, para poder enmarcar otros casos semejantes.
- Cuando ello resulta necesario, se proporcionan al final del caso indicaciones de los autores acerca de temas conexos.
- Al final de cada caso ofrecen Bibliografía seleccionada con criterios didácticos.

ESTRUCTURA DE LOS CASOS:

-**Títulos:** con indicación de los problemas centrales que plantea el caso.

-**Fuente y Exposición** del supuesto de Hecho.

-**Introducción a los Problemas del caso,** para control del lector mediante su propia reflexión.

-**Extracto de los Fundamentos Jurídicos esenciales** de la Sentencia, (con cita exacta de la colección oficial de jurisprudencia en que se encuentra publicada).

-**Explicación y Profundización.** Es el análisis propiamente dicho del caso con explicación de sus problemas.

-**Bibliografía.** (según el autor, demostrando la experiencia que ante diez referencias bibliográficas, la probabilidad de que se haga uso de tan sólo una de ellas suele ser mínima, ante la alternativa de reducir desde el principio dicha bibliografía a pocas referencias, decidió limitar la bibliografía sugerida, seleccionando solamente algunas que fueron consideradas las más adecuadas para el estudiante).

REFERENCIAS:

Cada caso tiene un número, títulos que sintetizan los temas centrales tratados, una denominación vulgar o común, la cita del tribunal que dictó la sentencia analizada y la indicación de la fecha y colección en que fue publicada.

Luego el caso conserva los títulos de su estructura y se identifica internamente con las abreviaturas;

SH- exposición del supuesto de hecho.

P- introducción a los problemas del caso.

E- extracto de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

A- análisis, explicación y profundización.

PRINCIPALES TEMAS TRATADOS EN LA OBRA:

En el tomo traducido al español, que aquí se comenta, se abordan cuestiones fundamentales de la Parte General del Derecho Penal, así como:

- la Interpretación y la Analogía.
- las Funciones de la Pena.
- la estructura de la Teoría del Delito, niveles, acción.
- la Imputación.
- la Antijuridicidad, Justificación.
- el Dolo y el Error, Culpabilidad, Exculpación, otros supuestos de la punibilidad.

ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE UNO DE LOS CASOS TRATADOS EN LA OBRA:

A título meramente ejemplificativo presentaremos uno de los casos tratados en la obra comentada, a los fines de ilustrar el desarrollo en la metodología de los autores. La selección se ha practicado teniendo en cuenta, además de su extensión acorde con las características del presente trabajo, el interés y la relación que puede presentar el mismo con nuestra realidad jurídica.

Los temas destacados en el caso seleccionado son:

- Las tendencias actuales en la aplicación de las Penas privativas de libertad.
- La Interpretación de la Ley Penal.

(nota: se han introducido modificaciones en el orden de los títulos para destacar los más significativos en el caso).

Fines de la Pena. "Defensa del Ordenamiento Jurídico"

Interpretación. Sistema Sancionatorio.

BGHSt 24,40.Fecha: 8-12-70.

"Caso del Incesto"

SUPUESTO DE HECHO: S H

Un sujeto que había intentado tener relaciones sexuales con su hija de 13 años, que resultó condenado a la pena de 1 año de Privación de Libertad, por los delitos de Incesto (Blutschande) en grado de tentativa, en concurso ideal con los delitos de tentativa de violación, abuso sexual de personas sometidas a la tutela del autor y abuso sexual de niños, solicitó la Suspensión de la Ejecución de la pena, que le fue denegada, a pesar de tener un pronóstico favorable por su personalidad y la apreciación del hecho.

El fundamento de tal denegación por parte del Tribunal, lo constituyó la "defensa del ordenamiento jurídico" - parágrafo 56-3 del StGB-, que a su entender, imponía la ejecución de la pena.

PROBLEMAS DEL CASO:

Esclarecer el concepto de "defensa del ordenamiento jurídico", a fin de evaluar la corrección del fallo.

EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

En la síntesis de los fundamentos esenciales del fallo del tribunal revisor, los autores introducen el análisis de las tendencias actuales en Política Criminal, en materia de aplicación de Penas Privativas de Libertad. Se incorpora la concepción actual de la política criminal alemana, que informa al Código Penal Alemán (StGB) reformado, según la cual, (regla) "se debe renunciar a la imposición de penas privativas de libertad de corta duración, -se prefiere la multa-, tanto como a la ejecución de penas privativas de libertad de mediana duración, salvo (excepción) cuando 'la defensa del ordenamiento jurídico' así lo requiera".

Los autores plantean el interrogante acerca de cuáles serían las circunstancias especiales que deben concurrir para imponer una pena privativa de libertad de corta duración -indeseables desde el punto de vista político criminal-, en lugar de aplicar una multa, o bien cuándo se debe rechazar la suspensión de una pena privativa de libertad de mediana duración a pesar de un pronóstico social favorable -pese a resultar deseable por regla-.

De acuerdo con su metodología, en el desarrollo de los fundamentos de la sentencia, introducen los conceptos esenciales de la doctrina que juegan en el caso.

Así, introducen la concepción vigente o dominante sobre la finalidad de la pena y del procedimiento de individualización tendente a la readaptación social -prevención social-.

Ilustran sobre los tratamientos ambulatorios aplicables, -cuya duración no depende del delito, de modo que pueden suspenderse incluso las penas correspondientes a delitos graves- haciendo lo propio respecto de la suspensión de la pena.

Se llega así a obtener la regla general, citada, que señala que cuando se cuenta con un pronóstico social favorable, se debe suspender la ejecución de las penas privativas de libertad de menos de seis meses, o bien entre seis meses y un año, pero siempre que ello no sea contrario a la "defensa del ordenamiento jurídico".

Se informa acerca de otros conceptos vigentes, complementarios de los anteriores, tales como el "mantenimiento de la fidelidad jurídica de la población" - también tenidos en cuenta por el Tribunal aunque no esté consagrado en el Código-. En base a este último criterio, se explica, resulta justificada la necesidad de ejecución de una pena privativa de libertad de corta duración, cuando en caso de no aplicarla, hubiese que temer un peligro serio en la actitud jurídica interna de la población, como consecuencia de la disminución de la confianza en la función de la administración de justicia.

Ello sucedería cuando la condena sin ejecución, es entendida como una condescendencia injusta, incomprensible para el sentir jurídico general, que "conmociona" la confianza de la población en la inquebrantabilidad del derecho y en la protección del ordenamiento jurídico, frente a los ataques criminales.

Se deduce así que resulta decisivo para la denegación, la apreciación de las circunstancias del hecho (no la gravedad del tipo penal) y al autor, en conjunto.

Llegan entonces, mediante la explicación de aquellos conceptos generales, a demostrar que la sentencia en revisión -que había sido dictada por la Sala de la Cámara Penal (Strafkammer)- resulta inconsistente en cuanto a sus premisas, en relación con la conclusión, en virtud de cuestiones de hecho mal incorporadas a la teoría en que intentaba fundarse el fallo.

Se informa que por tal motivo, la sentencia fue anulada en cuanto a la denegación al autor de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad que le había sido impuesta.

EXPLICACIÓN Y PROFUNDIZACIÓN:

En este apartado los autores trasladan las dos cuestiones básicas que plantea la sentencia, al ámbito del Derecho Penal general, introduciendo así al lector/alumno a los siguientes temas:

-la Interpretación en Derecho Penal.

-los Fines de la Pena.

Abordan entonces desde un panorama teórico general el tema de la interpretación en el Derecho Penal:

Se refieren a la cuasi inexistencia de conceptos unívocos en las leyes, poniendo de relieve que hasta los casos aparentemente "unívocos" resultan un producto de la interpretación.

Explican que toda palabra utilizada en la ley, requiere ser interpretada, reconociendo entonces que el sentido de esos términos está dirigido por un "preconcepto" o "comprensión previa" (Vorverständnis).

**** En este punto debe destacarse que las advertencias efectuadas por los autores, demuestran la amplitud de su perspectiva sobre el tema.**

Luego introducen al lector a las distintas formas de interpretación de la ley, desarrollando y criticando a cada una de ellas, al tiempo que analizan los criterios empleados por el Tribunal Superior. (en el caso que nos ocupa, el sistemático integrador con la finalidad político-criminal). Pasan revista a las teorías interpretativas basadas en:

- la voluntad del legislador.
- la interpretación gramatical.
- el método histórico.
- la interpretación sistemática integradora.
- la teleológica objetiva.

A continuación se refieren a la aplicación práctica, a los alcances de todas esas teorías en la realidad, orientando sobre todo al alumno en caso de surgir diferencias interpretativas significativas, a fin de darle referencias que le resulten de utilidad práctica.

INTRODUCEN NUEVOS PLANTEOS Y CUESTIONES:

Los autores, en tal cometido, analizan por ejemplo, la hipótesis en que la interpretación del concepto "defensa del ordenamiento jurídico" hubiese sido entendida por la mayoría legislativa en contradicción con la finalidad de la Ley de Reforma del Código Penal Alemán, preguntándose (e introduciendo así otra cuestión problemática hipotética), si en caso que el juez otorgara preferencia a la "razonabilidad objetiva" de la ley frente a la voluntad subjetiva del legislador, no se daría lugar a una **vulneración del principio de división de poderes.**

Posteriormente recogen jurisprudencia de distintos tribunales acerca de "cómo debe interpretarse la ley",

ilustrando así al alumno sobre las teorías interpretativas con vigencia en la jurisprudencia actual.

Informan asimismo sobre la doctrina dominante, citando a diversos autores destacados.

Finalmente ofrecen al respecto su propio criterio, otorgando **pautas para evitar la desorientación del lector ante tantas teorías, remitiendo a otros casos en que la jurisprudencia hizo aplicación de las citadas pautas, los cuales figuran en el propio libro.**

Posteriormente emprenden el tratamiento del tema desde un panorama Teórico general sobre las teorías acerca de los "Fines de la Pena", ofreciendo para ello un panorama general, histórico y actual sobre las Penas y Medidas de Seguridad vigentes en el sistema penal alemán, con inclusión de cuadros comparativos.

Por último se ocupan de la cita **BIBLIOGRÁFICA** de los autores más destacados.

NUESTRO COMENTARIO CRÍTICO SOBRE EL TRATAMIENTO OTORGADO POR LOS AUTORES AL PRECEDENTEMENTE ANALIZADO "CASO DEL INCESTO"

1º- Debemos señalar, además de las referencias que fueron expresadas en el transcurso de la exposición del caso, que en términos generales, el planteo de los autores continúa siendo eminentemente dogmático. A pesar de ello, debe destacarse la presencia de algunos temas en cuyo desarrollo demuestran un criterio bastante amplio. Así sucede particularmente en relación al tratamiento que otorgan a la temática vinculada con la "**interpretación de la ley**", en

cuanto reconocen que no existen conceptos "**unívocos**", advirtiéndolo que aún aquellos que lo representan en apariencia, son en rigor, producto de una interpretación determinada, que resulta dominante, ya que toda palabra consignada en la ley "requiere ser interpretada".

Admiten expresamente la existencia de "**preconceptos**" establecidos en el enfoque. (Vorverständnis).

Asimismo reconocen la existencia de **lagunas** en el sistema normativo, que obligan a efectuar esta labor interpretativa en forma expresa.

2º- Es evidente que la labor de los autores requiere seleccionar las cuestiones que emergen de un caso, a fin de concentrar su análisis, otorgándole mayor profundidad, pero esa misma exigencia, los obliga frecuentemente a dejar fuera de su tratamiento **otras cuestiones** que presenta el caso, no sujetas a consideración.

3º- Resulta positivo en sí mismo, el **aporte de diversas teorías**, efectuado en la obra, así como la **evolución histórica** de las mismas, ilustrada con cita amplia de autores, realizada en el desarrollo de los temas centrales del caso.

4º- Posiblemente se requiera evaluar los resultados de la metodología de la obra **en el campo práctico de la enseñanza**, a fin de determinar si ella permite al alumno integrar y profundizar las nociones aportadas, o si por el contrario, le ofrece un panorama incierto, plagado de visiones parciales, con piezas cuya ubicación no puede determinarse adecuadamente.

5º- Al dedicarse al tratamiento de otras cuestiones relacionadas con el tema principal en desarrollo, los

autores parecen introducir cuestiones cuya vinculación resulta en muchos casos lejana y cuya **conexidad con los temas centrales** puede resultar a veces poco clara para quien se inicia en el estudio del derecho penal.

Asimismo la forma en que intentan relacionar el tema con otros casos jurisprudenciales, expresamente citados, tiene la apariencia de un "anecdotario", formando una versión muy casuística e inconexa de casos de jurisprudencia.

6º- En el desarrollo de la teoría -efectuado a veces extensamente a lo largo de varias páginas- **no se mantiene el hilo conductor representado por el caso**, por el contrario, se advierte un abandono del caso modelo examinado, al que en oportunidades ni siquiera se referencia, para retomarlo tardíamente, hacia el final del capítulo respectivo, prescindiendo en todo el tratamiento de utilizarlo como ejemplo, citarlo en relación con las teorías expuestas o indicar en qué punto le resultan aplicables.

Esta forma de proceder sin duda impide al alumno/lector mantener la integración y relación de coherencia en la totalidad de la exposición.

Se advierte que en el caso analizado, vgr., denominado "Caso del Incesto", en el tratamiento de sus cuestiones centrales resulta abandonado en la página 24 de la obra, siendo retomado recién en la página 41 del capítulo que lo expone.

Las precedentes, resultan las referencias más destacadas que pueden realizarse, tanto en sus aspectos negativos como positivos, inspiradas en la lectura crítica del primero de los casos presentados en la obra comentada.

ESQUEMA DE RESOLUCIÓN DE CASOS

(Para una concepción dogmática)

La síntesis que presentamos a continuación corresponde a un esquema que resume los aspectos más relevantes de la estructura del hecho punible, considerados por una concepción dogmática, elaborado por los propios autores Albin Eser y Björn Burkhardt, para resolver los delitos de comisión dolosos y culposos.

La misma se encuentra a partir de la página 96 y sgtes., en el Anexo 112 del volumen citado.

SÍNTESIS:

El Derecho Penal sólo conoce para el Hecho Punible dos niveles de valoración: el "ilícito" y la "culpabilidad", dentro del ilícito hay que diferenciar entre la "tipicidad" y la "antijuridicidad". Más allá de estos elementos esenciales, pueden surgir en determinadas circunstancias (ej. el desistimiento en el caso de la tentativa) o en determinados delitos (ej. los perseguibles a instancia de parte), otros requisitos o impedimentos de punibilidad.

I- LA TIPICIDAD

El primer criterio de disvalor es de naturaleza objetiva, por ello, se recomienda diferenciar entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo", y comprobar en el delito consumado, en primer término el tipo objetivo.

TIPO OBJETIVO:

En los delitos que presuponen un resultado típico se recomienda comprobar, en primer término, si ese resultado de lesión ha tenido lugar, dado que no todos los delitos

presuponen un resultado, en el esquema aparece primero la acción típica y luego el resultado típico.

- a) ¿Pertenece la persona en cuestión al ámbito de los posibles "autores"?.

Esta calidad del sujeto, sólo es necesaria en los llamados "delitos especiales", en los cuales no cualquier persona entra en consideración como autor, sino solamente un círculo de autores especialmente determinado (por. Ej. funcionario).

- b) ¿Existe una acción típica?

-¿existe una acción? (delimitación entre acción y falta de acción). Esta comprobación sólo es necesaria en casos excepcionales en los que pueda resultar dudoso si existe o no una acción.

- ¿es la acción (objetivamente) típica?

La acción típica está en parte descripta en la ley, en su modalidad de forma expresa, en otros casos, se caracteriza sólo por el resultado típico que produce (delitos de resultado).

- c) En los "delitos de resultado" se plantean adicionalmente otras dos cuestiones:

- ¿se ha producido el resultado típico?

- ¿es imputable objetivamente?

Para ello, entre la acción típica y el resultado, debe existir un contexto de riesgo, es decir, que la acción conlleve el riesgo del resultado. Tal relación presupone que el "riesgo desaprobado", que está relacionado con la acción del autor se realice en el resultado producido.

En la medida que esta relación de riesgo sea evidente, como en la mayoría de los casos dolosos, no precisa una fundamentación especial.

d) ¿Se cumplen, si son necesarias, las "condiciones objetivas de punibilidad?".

EL TIPO SUBJETIVO

Los elementos subjetivos del tipo, caracterizan los presupuestos internos del hecho (específicos del autor).

Presupuestos generales: Dolo y Culpa.

-el dolo presupone que el autor conozca las circunstancias que pertenecen al tipo objetivo.

-la culpa presupone que el autor al menos "pueda conocer" las circunstancias que pertenecen al tipo objetivo.

Especiales elementos subjetivos del ilícito:

-los propósitos especiales (ej. ánimo de lucro)

-los motivos especiales (ej. odio racial, etc.)

II- LA ANTIJURIDICIDAD

La comprobación de la antijuridicidad se agota en la discusión sobre la cuestión de si existe alguna causa de justificación.

-Presupuestos objetivos de la justificación (legítima defensa).

-Elementos subjetivos de la justificación (voluntad de defensa en la legítima defensa).

Cuando el autor se ha representado erróneamente la presencia de elementos objetivos de justificación, se trata

del "error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación", el error se refiere a la relación subjetiva de contrariedad al deber.

En el caso de existir todos los presupuestos objetivos de la justificación, pero faltando algún elemento subjetivo de la misma, no estamos ante un delito consumado, pero sí se debe considerar la posible punibilidad por "tentativa". Entonces, se debe interrumpir aquí el análisis de un hecho consumado y pasar al análisis de la tentativa.

III- LA CULPABILIDAD

La cuestión en este nivel reside en determinar si existen causas por las cuales la culpabilidad podría quedar excluida o por las cuales el autor podría quedar disculpado.

Causas de exclusión de la culpabilidad: (para la ley alemana)

- minoridad, enfermedad mental.
- error de prohibición.

Causas de exculpación:

- exceso en la legítima defensa.
- estado de necesidad exculpante.

* Debe recordarse que esta es la esquematización efectuada por los autores del libro en relación a la ley penal alemana. Por lo tanto, pueden existir divergencias cuando se analizan algunos de los items en relación a nuestra ley.

IV - otros impedimentos de PUNIBILIDAD

En las causas de exclusión de la punibilidad se analizan circunstancias heterogéneas (ej. parentesco) que aparecen en hechos punibles especiales y se encuentran fuera del ámbito de culpabilidad y del ilícito.

En este cuarto nivel sistemático, deben analizarse también las "condiciones objetivas de punibilidad". Asimismo, deben mencionarse otras "excepciones procesales de la perseguibilidad", ej. la prescripción o falta de una instancia necesaria.

De este modo concluyen los autores su esquema de resolución de casos.

BREVES REFERENCIAS CONTEXTUALES A LA OBRA, EN SU CORRESPONDENCIA CON LOS LIBROS "TÉCNICA DE RESOLUCIÓN DE CASOS PENALES" del Profesor Enrique Bacigalupo y "CASOS Y PROBLEMAS DE DERECHO PENAL" de los Profesores Norberto Spolansky, Alejandro Carrió y Luis García.

Precisamente el "Esquema de Resolución de casos" expuesto por los autores alemanes, con el que concluimos el análisis de su obra, nos remite directamente al libro del profesor Enrique Bacigalupo, denominado "Técnica de Resolución de Casos Penales", cuyas referencias normativas se dirigen al Código Penal Español.

En su relación con el libro germano comentado, la obra se asemeja en su carácter mixto, toda vez que también el libro del Profesor Bacigalupo reconoce poseer un carácter que no es exclusivamente teórico ni excluyentemente práctico. Ambas obras encuentran similar finalidad: una enseñanza dirigida a la definición de los problemas jurídicos que presenta el derecho penal, para obtener adecuado

entrenamiento en la búsqueda de soluciones, fundadas en las normas legales.

Ambos coinciden, como la mayoría de las obras de este tipo, según lo señalado al comienzo del artículo, en utilizar un enfoque desde la perspectiva de la Dogmática.

El libro del Dr. Bacigalupo, aventaja a la obra comentada en cuanto se ocupa más exhaustivamente del tratamiento de los Problemas Procesales del Caso Penal.

Asimismo privilegia dos técnicas; la - subsunción y la - argumentación, con cuyo desarrollo autónomo inicia el tratamiento de su obra, algo que los autores alemanes no realizan expresamente, sino en la medida en que las operaciones mencionadas deben explicitarse ante el caso tratado.

No obstante se observa una correspondencia bastante destacada en el "Esquema para la solución de casos penales" cuyas similitudes son significativas entre ambos trabajos.

La diferencia más relevante en la obra de los autores alemanes es la fidelidad a un caso real específico, recogido de la jurisprudencia de un Tribunal determinado, de modo tal que son los casos jurisprudenciales los principales protagonistas de la obra, en cuanto el análisis detallado, minucioso, extenso, se estructura siempre en torno al caso central que reúne en su derredor a los instrumentos de la teoría y permite desarrollar la metodología elaborada por los autores alemanes.

En la obra de Bacigalupo, en cambio, el caso se presenta fuera de la realidad jurisprudencial, es decir no está referido a la labor de ningún tribunal en particular y sirve más bien como ejercicio o apoyatura, -según el capítulo de la obra que se trate-, para el desarrollo de las Técnicas de Resolución que didácticamente elabora.

Así se observa que, luego de emplear unos pocos ejemplos a través de los capítulos en los que presenta los modelos de

resolución de casos para los delitos de comisión dolosos, culposos, y los de omisión, así como a las cuestiones procesales, se agregan en los capítulos IX y X respectivamente, listados de casos numerados, referidos al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, que se ofrecen a modo de ejercicios, conteniendo descripciones de hechos similares a los que pueden presentarse en la práctica cotidiana, pero creados en su totalidad.

La ventaja que presenta entonces, según lo expuesto, la obra de los autores alemanes consiste en la posibilidad de tratar con un estricto caso jurisprudencial, realmente acaecido y respecto del cual recayó efectiva sentencia de un tribunal individualizado, lo que permite advertir las problemáticas de los casos reales, además de posibilitar el acceso al conocimiento de las tendencias jurisprudenciales y el análisis del derecho comparado.

Por ello, debe considerarse como un mérito importante en la obra de Albin Eser y Björn Burkhardt, el haber desarrollado su técnica exclusivamente en base a casos reales, teniendo la habilidad y el talento suficientes para seleccionar cada caso en virtud de las riquezas que el mismo encierra, respecto de las posibilidades y alternativas que puede presentar en su dinámica existencia el derecho penal.

En cuanto a la prometida relación de la obra alemana con el libro "Casos y Problemas de Derecho Penal" de los Dres. Norberto Spolansky, Alejandro Carrió y Luis García, continuando con su contextualización, sintéticamente podemos señalar;

La idea directriz del libro de los autores argentinos mencionados en el párrafo precedente, está representada por la necesidad de ofrecer una enseñanza que vincule la interpretación y análisis de las teorías y

reglas objeto de estudio a las consecuencias pragmáticas a las que ellas llevan, según lo señala el Profesor Spolansky en su presentación. De allí que se trabaje con la presentación expositiva empleando casos hipotéticos, pero también se establezca la vinculación de aquellos con la jurisprudencia concreta emanada de un Tribunal Superior.

La principal diferencia con la obra de Eser-Burkhardt, reside en el planteo esquemático de casos hipotéticos, seguidos de preguntas orientadoras hacia los principales problemas y criterios de solución posibles o enfrentados, para lo cual se ilustra, en general, con jurisprudencia extraída de Fallos de la C.S.J.N., citados puntualmente, a los que se remite, a fin de extraer de ellos las soluciones a los interrogantes planteados.

Esta primera parte se estructura en capítulos que desarrollan entre casos hipotéticos, fallos jurisprudenciales y preguntas orientadoras, los diversos temas esenciales de la Aplicación del Derecho Penal en su relación con la Constitución Nacional, y posteriormente los correspondientes a la Teoría del Delito.

Finalmente en la segunda parte del libro, obra la selección de fallos completos de la C.S.J.N., incluidos los dictámenes del Procurador en cada caso, ubicados en diversos capítulos por temas, los que se reproducen sin comentarios.

Entre ambas obras debemos señalar que la obra germana comentada en el presente, conserva un desarrollo expositivo más completo, siguiendo en todos los casos los lineamientos de un fallo jurisprudencial real, introduciendo las cuestiones problemáticas, así como las teorías involucradas en la interpretación de acuerdo con las exigencias y posibilidades que brinda el caso analizado.

Al respecto nos remitimos entonces para valorar la obra de Albin Eser y Björn Burkhardt, a lo expresado párrafos

atrás, al establecer su relación con la obra del Profesor Bacigalupo.

CONCLUSIONES:

Destacábamos párrafos atrás que la finalidad de gran parte de la bibliografía jurídica integrada por el estudio de casos penales, pretende superar el distanciamiento existente entre las elaboraciones de la teoría y la complejidad del caso real que se presenta en nuestra labor cotidiana. Dicha superación sólo puede alcanzarse a través de una reflexión crítica, dotada de suficiente amplitud, para permitir un enfoque de carácter interdisciplinario, alejado en lo posible de todas las limitaciones impuestas por criterios demasiado rígidos, ceñidos únicamente a conceptos, principios y metodologías dominantes, que se imponen en muchas ocasiones solamente por la práctica habitual de recurrir al cómodo expediente de emplear los criterios en boga, sin analizar en profundidad los **fundamentos** ni las **consecuencias** que tendrán aquellos en su aplicación práctica.

Por ello, a pesar de las limitaciones propias de nuestra naturaleza, sabiamente reseñadas por C.S.Lewis en la cita con que iniciáramos el presente artículo, debemos intentar obtener siempre una perspectiva adecuada de nuestro objeto de estudio, que nos impida perder el contacto con la enorme riqueza representada por la complejidad del conflicto humano sometido a examen, sintetizado en el caso real que se presenta ante nosotros.

En dicha tarea la literatura jurídica sobre casos penales puede resultar un valioso instrumento. Ello, siempre que se utilice sin perder de vista los condicionamientos a los que están sujetas, en mayor o menor

medida, las distintas obras a consultar, de conformidad con las advertencias realizadas en algunos casos por los propios autores, a veces en forma implícita y en otras ocasiones de modo explícito.

En el caso de la obra que culminamos de referenciar, sus características más destacables están sintetizadas en su metodología, toda vez que no utiliza la "criminalidad de laboratorio" propia de los "casos académicos" diseñados al solo efecto de "ilustrar a medida" el instrumental normativo. No obstante, ella tampoco está exenta de las sujeciones a los rígidos criterios propios de la Dogmática Penal, según surge de su propio título.

Finalmente se impone una última advertencia, que consideramos esencial: no existe material bibliográfico alguno que pueda resultar tan enriquecedor como **el caso real** que llega al ejercicio forense, trayendo consigo en toda plenitud la complejidad propia de la vida en todos sus aspectos, encarnando en su dinámica las múltiples facetas de sus protagonistas y exigiendo una apreciación que lo enfoque con un criterio amplio y reflexivo. Ello, toda vez que más allá del aporte que la literatura de la especialidad pueda representar, nada podrá reemplazar al componente imprescindible de la labor de reflexión crítica: a saber, **la capacidad creativa** del ser humano, que será la que finalmente, integrando todos los conocimientos, experiencias e intuiciones intelectuales nos permitirá alcanzar aquella que en sus consecuencias prácticas, resulte la más adecuada, sensata y justa de las soluciones posibles.

