

• Prólogo

GUSTAVO HERBEL nos ha hecho el honor de encomendarnos prologar su libro ... No es nuestro propósito hacer un comentario de las tesis sostenidas por el autor, sino señalar algunas consideraciones sobre el contexto jurídico-cultural de esta obra. Hemos aceptado la tarea encomendada de buen grado, precisamente porque se trata de una obra que aborda uno de los temas más interesantes de la casación penal. Lamentablemente no contamos en nuestra literatura procesal con una importante cantidad de obras especializadas en este recurso, que, no obstante la pretendida impopularidad que le fue atribuida en los años '30, tiene la particularidad de establecer el marco referencial (raramente mencionado) de la dogmática del derecho penal y también de la enseñanza del derecho penal.

Seguramente ha contribuido a esta situación la falta en la Argentina de un tribunal nacional de casación, como exigiría un sistema basado en la unidad del orden jurídico emanado del Congreso Nacional. Los argumentos contra una casación nacional, basados en el federalismo, no son, a nuestro entender, consistentes, y no parecen oponibles a la necesidad de un orden jurídico único, sin perjuicio de las competencias legislativas provinciales. Es evidente que la unidad del orden jurídico, que cabe deducir del art. 75, inc. 12 de la Constitución, heredero del art. 67, inc. 11 de la Constitución de 1853, no afecta en nada las facultades de las provincias, que en todo caso forman parte de un Estado federal único. La circunstancia de que los tribunales provinciales tengan competencia para la aplicación del derecho nacional no debería afectar la unidad del orden jurídico, como lo demuestran otros Estados federales en los que coexisten las jurisdicciones de los Estados federados con la aplicación del derecho de la federación, como es el caso, sin ir más lejos, de la República Federal de Alemania.

Es cierto, de todos modos, que los tribunales de casación provinciales han desarrollado una jurisprudencia interesante en esta materia. Especialmente el Tribunal Superior de Córdoba. Pero, nos parece que la discusión de los problemas dogmáticos de la casación no tiene la difusión que comparativamente cabría esperar.

Como dijimos, el recurso de casación es el marco referencial de la dogmática del derecho penal porque en ella se deciden prácticamente cuáles son las *cuestiones de derecho* que pueden ser objeto de dicho recurso. Cuestiones tales como el dominio del hecho, la causalidad, el dolo, la evitabilidad del error, el perjuicio patrimonial, etcétera, que, vistas desde una perspectiva natural, parecerían cuestiones “de hecho” ajenas al recurso de casación, han sido elaboradas de tal forma que constituyen auténticas cuestiones de derecho.

También es el marco referencial de la enseñanza del derecho, que se adapta notoriamente al objeto de la casación. La reproducción de un proceso no es, por regla, fácil de realizar en las condiciones habituales de la docencia universitaria. La enseñanza del derecho penal material mediante el sistema de casos, fue inaugurada en España por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, según el modelo de las Universidades alemanas, al final de los años 20 del siglo pasado. Este método pedagógico fue introducido en nuestra Facultad en 1957 por ENRIQUE RAMOS MEJÍA, en un curso inaugurado por una conferencia del mismo JIMÉNEZ DE ASÚA. Es evidente que se trata de un método de enseñanza que responde sin duda, aunque limitadamente, a las exigencias del recurso de casación, pues básicamente consiste en la práctica de la subsunción.

Cuando nos referimos a los límites del método de casos en la enseñanza del derecho penal, aludimos también a la exclusión de las cuestiones de prueba, que le es inherente y que actualmente integran también el objeto de la casación. Estas cuestiones han generado paulatinamente una extensión del objeto del recurso que ha culminado en la llamada “casación ampliada”. Los más recientes dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —art. 28, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (New York, 1966)—, que había señalado en dictámenes iniciales, sin una adecuada fundamentación, la incompatibilidad de la práctica de tradición de la casación española con el art. 14.5 del Pacto, han terminado por reconocer que la llamada “casación ampliada” cumple los requisitos de ese artículo del mismo.

Somos conscientes de las discusiones, incluso en el más alto tribunal argentino, sobre los alcances del objeto de la casación. Pensamos que en realidad, la posibilidad de una segunda instancia debe ser garantizada mediante un recurso de apelación previo a la casación. Por lo tanto, no creemos que la ampliación de la casación deba ser extendida hasta convertirla en un recurso

de apelación. Por estas razones entendemos que los problemas dogmáticos de la casación tendrán todavía un largo desarrollo, porque la unidad del orden jurídico no desaparecerá.

La tesis doctoral de GUSTAVO HERBEL, contribuirá en gran medida a las discusiones científicas al respecto. HERBEL ha trabajado incansablemente y con acierto en la investigación que se concretó en su tesis doctoral. Más allá de las discusiones que toda tesis interesante genera y de si ellas pueden ser compartidas o no, la obra que ahora prologamos tiene un alto nivel científico y es merecedora de la mayor consideración.

ZULITA FELLINI • ENRIQUE BACIGALUPO

Buenos Aires - Madrid, 12 de octubre de 2013