

Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal

Luís Greco*

La imagen de la dogmática jurídico-penal alemana que impera en el mundo latino es, aproximadamente, la siguiente. Dos o tres grandes teóricos construyen sus imponentes edificios sistemáticos. Estas teorías alcanzan status de verdaderos paradigmas, “ismos”, dominan el debate por una generación entera hasta que llega otra nueva generación que propone otros rumbos. Existiría, de este modo, una época iusracionalista, de Feuerbach, seguida por el pragmatismo de Mittermaier, la cual dió lugar al Hegelianismo de Abegg, Köstlin y Berner. Esta a su vez fue

*Asistente científico (wissenschaftlicher Mitarbeiter) en la cátedra del Prof. Dr. Dr. h. c. Bernd Schünemann, Universidad de Munich, Alemania. Licenciado en Derecho, Universidad Federal de Rio de Janeiro, Brasil.

sucedida por el positivismo normativista de Binding el cual fue suplantado por el positivismo naturalista de Liszt y Beling. De aquí se habría pasado a la época de Mezger y su neo-kantismo, seguido por Welzel y Maurach con el finalismo, llegando finalmente a la época del funcionalismo de Roxin y Jakobs. Estos autores se ocupan de grandes temas. Por sólo mencionar algunos de los que hoy están en boga: “garantismo”, “funcionalismo”, “abolicionismo”, “principio de legalidad”, “teoría de la pena”, “ontologicismo vs. normativismo”, “bien jurídico”, “concepto de acción”, “concepto de injusto”, “culpabilidad y prevención” y, más recientemente, “derecho penal del enemigo”. Nosotros seguimos desde lejos (aunque con vivo interés) el desarrollo de estos debates, escribimos un sinnúmero de artículos en los cuales tomamos posición al respecto (al igual que un aficionado de un equipo de fútbol que grita por su equipo cuando ve una partida por televisión); admiramos a aquellos que, en tales grupos, dominan estas discusiones o son capaces de moverse de manera competente en tamaños laberintos conceptuales.

Pues bien, la tesis que sostendré en estas sucintas reflexiones es que el modelo antes presentado, en cuanto descripción del desenvolvimiento de la dogmática jurídico-penal, es *inexacto*. En cuanto prescripción de cómo ella debería ser cultivada, *pernicioso*.

El modelo es *inexacto* no debido a la obvia simplificación que el mismo implica (todos saben que hoy existen en Alemania otros penalistas dignos de atención además de Roxin y Jakobs) sino más bien porque transmite la impresión de que la ciencia del derecho penal ha evolucionado como una *ciencia de grandes temas*, y *no como* resultado de un análisis de pequeños y acuciantes problemas. Tomemos, por ejemplo, uno de los grandes temas del derecho penal (quizás *el* tema del derecho penal): *el principio de legalidad*. Su discusión, reproducida con mayor o menor exactitud en los manuales, detenta doscientos años (desde Feuerbach) y está motivada por preocupaciones concretas. Lo que mueve a Feuerbach a formular su máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* y a insertarla en el marco de su teoría de la coacción psicológica (según la cual la

finalidad de la pena es intimidar a la población a través de la amenaza de un castigo, o que debe tener lugar por medio de una conminación legal) es el problema específico del entonces admitido derecho de los jueces de mitigar la pena legalmente prevista. Forzados a trabajar con una legislación que contenía diversas penas atroces, los jueces de final del siglo XVIII desarrollan la idea según la cual las penas legalmente conminadas se referían solamente a los casos paradigmáticos en los cuales el autor obrase de modo plenamente culpable. Circunstancias extraordinarias, aunque no legalmente previstas, justificarían una pena extraordinaria, igualmente no prevista. Es en primer lugar contra esa práctica que se rebela Feuerbach en su teoría de la coacción psicológica. Si se sigue la evolución del debate en torno a este principio, veremos que existía siempre un factor un tanto concreto que le daba vida. Por ejemplo, en la década del treinta, cuando la discusión en torno a la legalidad se reaviva, el factor que lo movilizaba era la efectivización de la permisón de analogía gestada por el legislador nacional socialista (1935). En la década del cincuenta, la recién promulgada Ley Fundamental hizo que la pregunta sobre el sentido de la legalidad en cuanto dispositivo constitucional tornara al centro del debate. En la década del 60 el problema central fue el de la extensión retroactiva de los plazos de prescripción de los delitos cometidos por el nacional-socialismo. En la década del 90 el debate se reenciende en torno del problema de la punibilidad de las violaciones, *prima facie* legales, de los derechos humanos en la Alemania Oriental.

Podría demostrarse lo mismo en relación a la mayoría de los grandes temas que se mencionaron antes. Lo que me interesa, principalmente, es extraer una conclusión. La conclusión es que una ciencia del derecho penal que se ocupa tan sólo de sí misma, de sus propios conceptos o de sus propias construcciones no existe en lugar alguno, y mucho menos en un país que tiene reputación de ser teórico por excelencia. La contraposición ampliamente extendida según la cual el genio alemán es teórico mientras que el genio anglosajón (o a veces latino) es práctico se revela, al menos en cuanto al primero, falsa. El genio alemán no es

meramente teórico. Si lo es en alguna medida, lo es en cuanto siente necesario resolver un problema práctico. Quizás aquí resida la genialidad de este genio.

Otro ejemplo tal vez esclarezca lo que se está diciendo. Discutimos hoy acaloradamente acerca de la relación entre culpabilidad y prevención, el llamado concepto funcional de culpabilidad. Sin embargo, el sentido de esta discusión aparentemente abstracta es, en gran parte, una solución de problemas un tanto concretos. Uno de ellos es, por ejemplo, si aquel que se encuentra en error de prohibición podrá alegar la inevitabilidad en caso de haber ido a un abogado que provee un dictamen espontáneo, o si la inevitabilidad se podrá admitir cuando el abogado, antes de emitir su dictamen, examine cuidadosamente la cuestión. Otro de ellos se refiere al problema de si la información errónea otorgada por un agente público (v.g. un policía) da lugar a la inevitabilidad allí donde el contenido de la información sea implausible. Resulta claro que entre el concepto abstracto y el problema concreto existe un largo camino de por medio, que puede ser recorrido de diversas maneras. En este contexto, será el concepto abstracto el que orientará en algún sentido cómo se recorrerá este camino. Por ejemplo, una concepción que centre la culpabilidad sólo en la idea de no poder actuar de manera diversa tenderá a inclinarse por la negación de la evitabilidad en ambas hipótesis (es así como, en efecto, ha decidido la jurisprudencia alemana, partiendo de tal perspectiva).

En definitiva, incluso aunque un problema pueda ser presentado como una relación entre dos conceptos jurídicos altamente abstractos (por ej. culpabilidad y prevención), tal discusión pretende simultáneamente dar respuesta a preguntas concretas. A saber: bajo qué condiciones puede un sujeto eximirse de pena por desconocer una norma.

Por lo dicho, el modelo acaba siendo no sólo inexacto sino también pernicioso. El excesivo hincapié en la idea de que importan los grandes temas lleva a que nos alejemos de los problemas concretos. Terminamos atribuyendo valor científico sólo a los grandes temas, prestando sólo atención a aquellos de entre nosotros que escriben sobre estos grandes

temas y con ello despreciando y privando de estímulo a quienes tienen el aliento y la finura necesaria para adentrarse en las pequeñas, aunque difíciles, cuestiones concretas. No caemos en la cuenta que con esto no hacemos gran dogmática sino más bien dogmática a medias. Pienso que en vez de discutir sólo el problema de la culpabilidad y la prevención tenemos que discutir los criterios de evitabilidad del error de prohibición; en lugar de hablar abstractamente del principio de legalidad, tenemos que salir en busca de criterios diferenciados para fijar los límites concretos del referido principio con respecto a, por ejemplo, las normas penales en blanco y los conceptos indeterminados. Por poner un ejemplo brasileño: en vez de discutir sobre la posible reducción de la edad mínima de imputabilidad penal, por un lado, y las relaciones entre culpabilidad y prevención, por el otro, debería intentarse elevar el nivel del primer debate aproximándolo y enriqueciéndolo con aquello que nos sugiere el segundo.

Resulta un tanto difícil escribir un trabajo programático para un público tan heterogéneo como al que se dirige la presente revista. Dependiendo de la región de la que proviene el lector mis consideraciones podrán parecerle obvias o injustas. Aún así juzgo adecuado escribirlas porque no es tan sólo entre brasileños donde se encuentra esta fijación excesiva en torno a los grandes problemas en detrimento de los pequeños.

Un gran teórico es como una secuoya. No por casualidad ella no crece en el desierto, sino sólo en el terreno fértil y firme, fruto de un intenso y sofisticado debate sobre problemas concretos.