

## HACIA LA SUPERACIÓN DE VIEJAS CERTEZAS: LA CIENCIA LATINOAMERICANA DEL DERECHO PENAL ENTRE REVELACIÓN Y DECONSTRUCCIÓN

Prof. Dr. Luís GRECO (LL. M)\*

---

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2016

Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2016

En el acotado espacio del que dispongo, intentaré plantear el interrogante acerca del papel de la ciencia del derecho penal en América Latina, ámbito científico que integro y que, a mi ver, carece de una elemental reorientación. Esbozaré, con gruesas pinceladas, la *dicotomía* que parece dominar el panorama actual —a la que pretendo caracterizar con la contraposición entre los términos revelación/deconstrucción— y me esforzaré por demostrar la necesidad de superar esa aparente contradicción.

1. La visión más tradicional concibe a la ciencia del derecho penal como *revelación*. Con este término me refiero a una actitud reverencial ante alguna de las llamadas fuentes del derecho, a la postura de salir a la búsqueda de una *veritas* oculta todavía detrás de las directivas de la *auctoritas*. Las fuentes del derecho, por definición, no se equivocan. Equivocados estaremos nosotros si no logramos revelar, en nuestra investigación científica, las razones que las orientaron. La visión de la ciencia como revelación parece manifestarse en dos versiones, según qué se entienda como fuente del derecho.

---

\* Profesor titular de derecho penal, derecho procesal penal y derecho penal económico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Augsburg. Traducción del portugués de Pablo ROVATTI, revisada por el autor. Contacto: luis.greco@jura.uni-augsburg.de.

a) La *versión clásica*, que heredamos probablemente de los franceses y de su Escuela de la Exégesis, y que todavía orienta buena parte de los trabajos con menos pretensiones de científicidad, rinde su reverencia a la ley y, en cierta medida, también a la jurisprudencia. Lo que estas autoridades ordenan no es sólo orden, es derecho, es correcto y está justificado —a la ciencia le corresponde revelar el porqué—. Si el legislador es redundante, se reconstruye esa redundancia como una segunda norma; si es contradictorio, se deshace la contradicción,<sup>1</sup> o se finge que ésta no existe;<sup>2</sup> si se observa, finalmente, una laguna, se suple la omisión de aquél recurriendo a otra disposición, consciente o inconscientemente.<sup>3</sup>

b) La *versión vanguardista* desacredita a las viejas autoridades en las que se basaba la visión clásica, ironiza sobre el “mito del legislador racional”, y pone en su lugar a la “dogmática moderna”, léase, al penalista o filósofo preferido del investigador de que se trate: WELZEL, ROXIN, JAKOBS, FERRAJOLI, HASSEMER, FARIA COSTA, de un lado, KANT, HEGEL, WITTGENSTEIN, HABERMAS, de otro. Una opinión es defendida o criticada no tanto por ser correcta o equivocada, sino más bien por ser moderna o anticuada, ajustada a los principios del funcionalismo o del derecho penal mínimo, o a los dictados de alguno de los corifeos de la dogmática moderna. El

---

<sup>1</sup> Ejemplo: art. 21 *caput* código penal brasileño: “La ignorancia de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho, si fuese inevitable, exime de pena; si fuese evitable, podrá disminuirla de un sexto a un tercio”. La doctrina brasileña deshace la contradicción a través de la diferenciación entre ignorancia de la ley (irrelevante) e ignorancia de la antijuridicidad (relevante), lo cual, en casos de *mala mere prohibita*, será en general imposible.

<sup>2</sup> Ejemplo: art. 13, 2º del código penal brasileño: “La omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: [...] c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado”. Art. 121: “El que matare a otro [...] § 4º En el homicidio culposo, la pena se aumentará en un tercio, [...] si el autor no prestare inmediato auxilio a la víctima, no intentare disminuir las consecuencias de su acción, o huyere para evitar su detención”. En los casos del art. 121 § 4º hay, según la primera regla, homicidio doloso consumado —en comisión por omisión— y no simplemente homicidio culposo agravado. Los comentaristas del código penal sólo excepcionalmente mencionan esta contradicción.

<sup>3</sup> Ejemplo: no existe en el derecho brasileño el tipo penal de administración infiel o de “infidelidad patrimonial”; el administrador que se apropia de los valores depositados en la cuenta bancaria del mandante es considerado autor del delito de “apropiación indebida”\* (art. 168 *caput*: “El que estando en posesión o tenencia de una cosa mueble ajena, se apropiare de ella”), a pesar de que el tipo utiliza los términos “cosa”, “ajena”, “posesión”, “tenencia”, todos los cuales indican que el objeto de la acción debe ser algo corpóreo (extensamente LEITE/TEXEIRA, “O principal delito económico da moderna sociedade industrial” – Observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial”, en *RIBDPE*, 2016, en prensa; LEITE, “Interpretação, analogia e sentido literal possível – O exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários”, en *LH-Dotti*, 2016, en prensa).

\* N. del T.: Aquí se traduce literalmente “*apropriação indébita*” como “apropiación indebida”, aunque un paralelismo con la terminología empleada usualmente en los manuales de parte especial argentinos quizá conduciría a emplear, por la mayor familiaridad con la expresión, “retención indebida”, en referencia al tipo del art. 173, inciso 2º, del código penal argentino. Este parece asemejarse más que cualquier otro al del art. 168 del código penal brasileño. Más allá de las particularidades, se trata, en ambos casos, de una defraudación por abuso de confianza, cuya caracterización en el caso de la legislación brasileña queda fuera de duda con la indicación, en el texto, de los elementos típicos de la referida figura.

ejemplo más nítido de esta ciencia de la revelación en su versión moderna es el uso que el Supremo Tribunal Federal brasileño ha hecho del término *dominio del hecho*, que si algo guarda en común con la teoría original es apenas su denominación.<sup>4</sup> En algunos países, incluso se combinaron las dos versiones de la dogmática de la revelación: el código penal colombiano del año 2000 convirtió en ley aquello que sus redactores creyeron que era el estado de la dogmática moderna; en Brasil, se propuso una reforma en esta línea vanguardista, que, quizás menos por la oposición de la ciencia<sup>5</sup> que por puro azar político, no prosperó.

2. Bastante numeroso es el grupo de aquellos que rechazan la idea de revelación y se empeñan en un proyecto de *deconstrucción*. La ley es deconstruida como una expresión de los intereses de las viejas oligarquías, la jurisprudencia como una práctica de aquellos intereses. A su vez, la dogmática moderna es deconstruida como una ficción ingenua que ignora tanto la genocida realidad latinoamericana, a la cual aquélla se trasplanta, cuanto su carácter instrumental para la defensa de los intereses oligárquicos. Se pugna, así, por una ciencia latinoamericana del derecho penal, fundada en la premisa de que no hay pena justa en una sociedad injusta, de manera que el único proyecto aceptable es el de la reducción de las injusticias, esto es: cuanto menos pena, *menos peor*.

3. Como ya he señalado, me parece necesario ir más allá de esta dicotomía entre revelación y deconstrucción, en la que parece haber caído buena parte de (aunque no toda) la ciencia latinoamericana del derecho penal. Esto no solamente porque ninguna de las dos opciones es viable, sino porque las dos posiciones enfrentadas comparten una premisa fundamental, que integra justamente aquello que una verdadera ciencia del derecho penal debe superar.

a) La crítica a la idea de la ciencia del derecho penal como revelación no exige gran esfuerzo. Las llamadas fuentes del derecho son autoridades, no razones; ellas pueden estar fundadas en razones, sería ideal que lo estén, y le corresponde a la ciencia verificar si éste es o no es el caso, si lo ideal es o no real. La ley y la jurisprudencia se pueden equivocar, caso en el cual el trabajo de la ciencia no será el de disfrazar los errores como aciertos, sino el de tornarlos menos dañinos. Del mismo modo, los autores antes mencionados son portavoces de razones y no oráculos de la

---

<sup>4</sup> GRECO/ LEITE, "A 'recepção' das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro", en *ZIS*, vol. 7-8, 2015, pp. 386 ss. Disponible en [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf) [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

<sup>5</sup> Detalladamente, sobre la más reciente propuesta de reforma del código penal brasileño, ver LEITE (coord.), *Reforma Penal – A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/12)*, San Pablo, Atlas, 2015.

verdad; las teorías que formulan deben ser tenidas en cuenta como argumentos y no repetidas como dogmas de fe.

**b)** El proyecto de deconstrucción tampoco convence. Quizá el filósofo pueda darse el lujo de afirmar la ilegitimidad de la pena. El jurista que adopte esa posición cae forzosamente en un dilema entre la ingenuidad de la abstracción y la incomodidad frente a lo concreto. Él permanece en esa ingenuidad si restringe su mirada a la pena como institución, sin preguntarse por cualquier caso individual (o sólo por casos escogidos a dedo y que, por ende, no incomodan). Al enfrentarse, no obstante, con problemas concretos —el torturador de un régimen dictatorial, el violador pedófilo que arruinó varias vidas— o el jurista se contradice y acepta que, en estos casos, excepcionalmente, menos pena no es menos malo, o bien se calla.

4. Como suele ocurrir con las dicotomías equivocadas, el verdadero problema reside menos en las características específicas de la tesis o de la antítesis que en lo que ellas comparten y que se revela como el verdadero origen de la contradicción. Este problema es, a mi ver, el *exceso de certezas* que anima tanto a la idea de ciencia como revelación, cuanto a la de ciencia como deconstrucción. Los “reveladores” creen estar anclados en el puerto seguro de la ley y de la jurisprudencia, o en el de los grandes dogmáticos modernos; los “deconstructores” creen conocer la verdadera faz de la injusticia sistemática que representaría la justicia penal.

Partiendo de estas certezas, producen, de uno y otro lado, estudios cuyos resultados se conocen de antemano, montados sobre un esquema siempre análogo, tal como una receta culinaria. Tómese por ejemplo cualquier tema, sea la responsabilidad penal de la persona jurídica o la imputación de resultados que no habrían sido evitados con certeza por el comportamiento alternativo conforme a derecho: el exegeta buscará disposiciones de la Constitución y de la legislación vigente, el vanguardista anclará en JAKOBS o en ROXIN, el deconstructivista recordará la selectividad del derecho penal y la necesidad de tomar partido a favor de la posición que castigue menos.

Un síntoma de estas certezas es el esfuerzo por manejar una terminología propia —unos hablan de roles, expectativas cognitivas y normativas, competencias, otros hablan de poder penal, agencias de persecución y su clientela, vulnerabilidad—. El segundo —y más grave— de estos síntomas es que, en esos trabajos, mucho se cita y aun más se afirma, pero poco se argumenta. Esto es consecuente: el argumento se dirigiría a quien comparte la perspectiva, lo que lo tornaría

superfluo, o bien a quien la rechaza, lo que lo tornaría inocuo. Una ciencia hecha de certezas es una ciencia que no discute, una ciencia que no discute es una ciencia que no aprende.

Lo anterior explica, al menos en parte, la distancia entre la ciencia y la praxis observada y criticada en muchos países latinos, en los cuales, por un lado, los jueces ignoran lo que producen los autores nacionales, considerándolos ajenos a la realidad, y estos autores, a su vez, denuncian la arrogancia y superficialidad de los jueces. Aquí le haría bien a la ciencia, una vez más, menos certezas y más autocrítica. Porque una ciencia que no discute y no aprende es una ciencia que difícilmente pueda querer enseñar.

5. Con lo dicho queda esbozado el camino en el que me parece necesario insistir —que es un camino recorrido por muchos de los penalistas latinoamericanos, cuyos trabajos, felizmente, no se dejan encuadrar en ninguno de los bandos de la dicotomía—. Un camino en el que importen menos las autoridades y más las razones; un camino en el que se busque la solución correcta para cada problema, y se rechace la fácil tesis de que menos siempre es mejor; un camino marcado por la disposición para discutir y argumentar, que abandone la comodidad de las certezas en provecho de la inquietud que presupone el aprender.

## Bibliografía

GRECO, Luís/ LEITE, Alaor “A ‘recepção’ das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro”, en *ZIS*, vol. 7-8, 2015, pp. 385-393. Disponible en [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf) [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

LEITE, Alaor (coord.), *Reforma Penal – A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/12)*, São Paulo, Atlas, 2015.

— “Interpretação, analogia e sentido literal possível – O exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários”, en *LH-Dotti*, 2016, en prensa.

LEITE, Alaor/TEXEIRA, Adriano “O principal delito econômico da moderna sociedade industrial’ – Observações introdutórias sobre o crime de infidelidade patrimonial”, en *RIBDPE*, 2016, en prensa.