

DICIEMBRE 2020 AÑO



DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

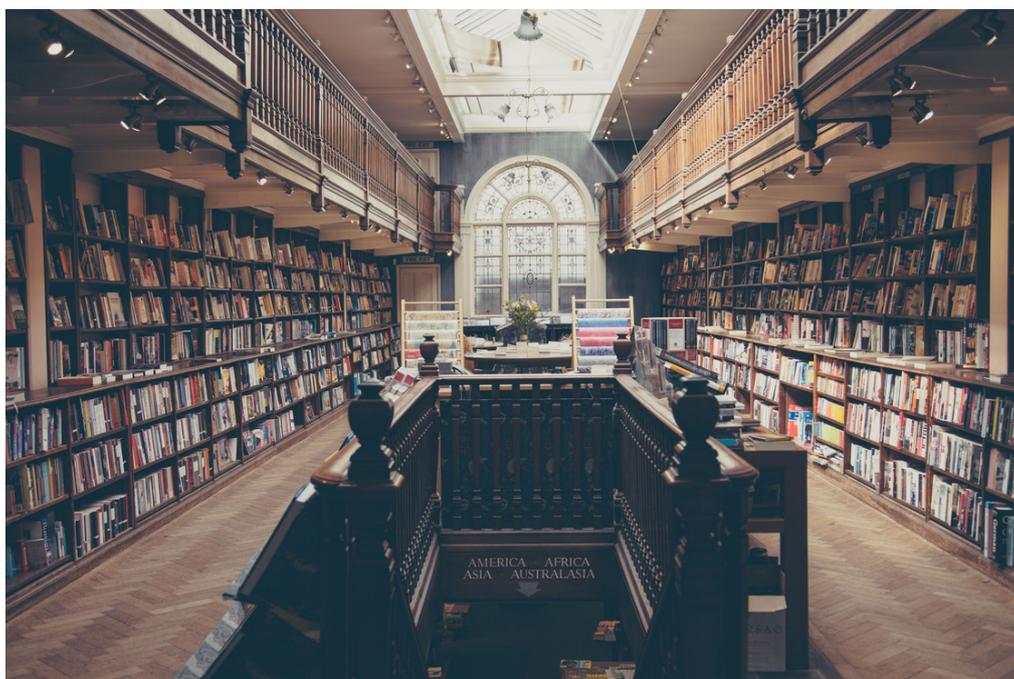
GACETILLA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

En este número

**Conversación
con Luis Greco
sobre los desafíos
de la dogmática
penal en la
actualidad.**

**Colaboraron en este
número**



Conversación con Luís Greco sobre los desafíos de la dogmática penal en la actualidad

26 de mayo de 2020 - Transcripción de la entrevista y redacción a cargo de Agustina Mangione (UBA).

Luís Greco es licenciado de la Universidad Federal de Río de Janeiro y por la Universidad de Múnich, Magíster y Doctor en derecho de la Universidad de Múnich bajo la dirección del catedrático Prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) Claus Roxin, Universidad en la que se ha habilitado bajo la dirección del catedrático Prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) Bernd Schünemann. Actualmente es catedrático de derecho penal en la Universidad Humboldt de Berlín. Es co-autor de la nueva edición del Lehrbuch de Claus Roxin (primer tomo recientemente aparecido en Alemania). Cuenta además con una gran cantidad de artículos y libros publicados.

Participan en esta conversación:

Leandro A. Dias (Julius-Maximilians-Universität Würzburg)

Antonella Donnes (UBA)

Daniel Pastor (UBA)

Eugenio Sarrabayrouse (UBA)

María Lucila Tuñón Corti (Julius-Maximilians-Universität Würzburg)

Alejandra Verde (UTDT)

Alejandra Verde: Sería interesante que nos cuentes esta idea de que un autor alemán continúa un tratado o un manual, al no ser tan usual en nuestro país, como sí sucede en la tradición alemana. ¿Hay aportes propios en la obra o es solamente una actualización? ¿Hay algún tema que esté en esta edición y que no haya estado en la anterior? En caso de que haya algún tema que hayas incorporado vos de tu propia creatividad y creación, ¿cuánto se te ha permitido incluir tus ideas en este libro? ¿Hay algún tema que no se haya incluido por no haber acuerdo con Roxin?

A

Luís Greco: Considero que la razón por la cual lo mencionado es muy común en Alemania pueda deberse a que muchos de los libros alemanes son en verdad obras colectivas. Hay un autor, pero en simultáneo muchas manos trabajando en la obra, es decir, hay muchos otros que han escrito las líneas que uno lee. Todo un equipo ayuda al profesor de la cátedra. Es muy natural que, cuando el profesor se jubila, la obra pase a un sucesor que muchas veces es un ex-asistente que ya ha trabajado en ediciones anteriores, por lo que ya tiene una cierta familiaridad con la obra. Yo diría que esas son las condiciones sociológicas por detrás de la tradición alemana.

Existen dos tipos de obra: obras que son más bien descriptivas, de información, que describen un estado de la cuestión. De cierto modo, el manual de derecho procesal penal de Roxin tiene un poco de este último estilo. Es un libro que tiene menos contenido relacionado con la personalidad del autor y más información descriptiva. En este tipo de libros, cuando pasan al próximo autor, no se produce un gran cambio. El manual de parte general de Roxin, que es justamente lo que yo estoy continuando, es otra clase de libro, ya que no quiere informar descriptivamente, sino que se trata de un libro que tiene la marca de su autor. Hay pocos libros que tienen esta identidad tan marcada. Por ese mismo motivo es que esta clase de libros enfrenta muchas veces una gran dificultad para encontrar un actualizador. Ni el libro de Welzel, ni el de Jakobs, han tenido otra actualización. El de Roxin la ha tenido conmigo.

Yo soy una persona que tiene muchas opiniones muy personales y es claro que eso trae ciertas dificultades que no existirían si yo fuese alguien menos personalista, un jurista menos individualista. Si bien Roxin me ha dado total libertad para trabajar, de todos modos, le he preguntado al inicio del trabajo en qué medida tendría que respetar lo que ya se encuentra escrito. Él me respondió que haga lo que desee. Empecé la actualización en el año 2015, aproximadamente, y ese mismo año le he entregado a Roxin el primer tercio, hasta el concepto de “acción”. Ahí había muchas cosas nuevas de mi autoría. Roxin las aprobó y dijo que continúe así. Después de trabajar en los otros dos tercios restantes, se los entregué y me ha dicho que no hacía falta, que tenía libertad para redactar. No leyó esos dos tercios restantes, sino que los está leyendo recién ahora, una vez que el libro ya se encuentra publicado. Yo los escribí pensando que él tenía que leer y aprobar todo, por lo cual intenté escribir con las palabras que él utilizaba, ya que Roxin tiene que reconocerlas como suyas. Esa fue mi actitud en la actualización.

Con respecto a las demás preguntas, mi premisa siempre ha sido que el libro es más suyo que mío. Él empezó a escribir en los años sesenta y publicó la primera edición unos treinta años después. Por tal motivo es que yo pensé: “Tengo 42 años, este libro tiene más años de trabajo que yo tengo de penalista, por lo cual debo ser humilde y entender que, aún en los casos donde yo piense que mi opinión es la correcta, hay que respetar lo que ha pensado Roxin”.

En la mayoría de los casos, no hay conflicto, porque comparto las opiniones de mi maestro, de quien mucho he aprendido. Pero en los casos en los que hay un conflicto muy directo que respeta a aspectos importantes, yo pongo mi opinión como la de un tercer autor, pero ofrezco indicios de que en el futuro el libro será reescrito en ese sentido. Ahora pretendo, en esos puntos donde exista una digresión, sostener mi opinión y hacerlo público, a partir de artículos que voy a publicar en los próximos años, para que mi postura madure como han madurado las opiniones que Roxin ha escrito en su manual, que son todas opiniones que han sido defendidas en artículos ya publicados a lo largo de muchas décadas de reflexión.

Entonces, ¿qué entró en el libro de nuevo? Hay varios capítulos nuevos. Yo diría que la innovación más importante es un concepto de pena que no estaba en el libro anteriormente. La reflexión sobre el derecho penal tiene que empezar con esta pregunta, porque la pena es diferente de todas las otras sanciones y consecuencias jurídicas previstas en el orden jurídico como un todo. ¿Qué tiene la pena que no tienen las medidas de derecho de policía o las medidas del derecho de daños? Esto lo añadí al libro con total libertad, porque el libro no contaba con un capítulo exclusivamente sobre el concepto de pena y es por dicho motivo que intenté extraer varias conclusiones de ahí. También he tenido que abordar otros temas, por ejemplo, las circuncisiones masculinas como delito de lesiones, el problema de la culpabilidad y las neurociencias, el problema de otras concepciones del delito, que fueron desarrolladas en los últimos años y que Roxin no las había tomado originalmente tan en cuenta (como las concepciones más idealistas, por ej. la de Köhler). También concepciones como la de Zaffaroni, que me parecen interesantes. He intentado también dar espacio a literatura no alemana de una manera que nunca se realizó hasta ahora en un manual alemán. Intenté utilizar todo lo que estaba a mi alcance dentro de mis capacidades de lectura. Creo que es una tentativa de llevar a cabo un diálogo verdaderamente universal en las medidas de mis capacidades. Siempre tenía la preocupación de que el libro no termine siendo demasiado largo, por lo que he quitado la discusión sobre el concepto de responsabilidad por el hecho, que ya no es defendida en la actualidad. También he quitado referencias a teorías muy particulares que parecieron tener cierta importancia para Roxin al momento de la última actualización, pero que a mí personalmente no me parecían del todo relevantes. Pero fue poco. En general el libro creció y no se ha excluido mucho. Prácticamente todo lo que estaba en la versión anterior sigue estando hoy en día, aunque haya nuevos temas también. Otra cuestión interesante es la discusión sobre el derecho penal en una sociedad injusta. Le he dedicado a esta discusión en un capítulo, dado que en verdad es una discusión que no comenzó en Alemania y que me pareció interesante incluir.

Leandro Dias: En el año 2016 publicaste un breve artículo sobre el estado actual de la ciencia penal en Latinoamérica para la revista *En Letra Penal* y diste tu opinión respecto a cuáles eran los problemas que en aquella época veías en la ciencia jurídico-penal en Latinoamérica y en España. ¿Crees que ha cambiado tu postura al respecto? ¿Cuáles son los problemas que percibes actualmente en la región, en comparación con Alemania en particular y con Europa en general?

Luís Greco: Diría que mi impresión de la ciencia penal alemana todavía es positiva si comparo la producción de Alemania con la producción de Brasil, que es mi país de origen. Observo especialmente que la producción alemana dialoga con la jurisprudencia y la praxis, lo cual me parece algo único e importante para destacar en Alemania. Sería interesante averiguar cómo es que se generó este diálogo, casi de manera espontánea. Si uno compara cómo procede la jurisprudencia y la doctrina aquí, ambos espacios siempre se están escuchando mutuamente. Esto se puede ver también en la enseñanza del derecho: siempre estamos estudiando la teoría y la aplicación de la teoría al caso en concreto. Fuera de Alemania, lo que hay es, por un lado, una actitud de ciencia que simplemente mide la autoridad, que trabaja con un texto de una ley que no se comprende y con citas de un autor alemán, italiano o incluso argentino que tampoco se comprende bien. Se cree que con ese argumento de autoridad vinculado al texto de la ley o a un autor importante todo está resuelto. Por otro lado, uno encuentra una actitud de crítica que propone una deconstrucción total y que consiste en negar todo y decir que el derecho penal no sirve para nada y, en el fondo, decirle a los jueces y fiscales y a todos aquellos involucrados con el derecho penal que son cómplices de una máquina de destruir vidas de personas.

A mí me parece que hay que tomar en serio que personas como jueces, fiscales y legisladores tienen que dar ciertas respuestas a ciertas situaciones que son graves en la sociedad y que esas respuestas serán dadas y que nosotros tenemos que ayudarlos para que estas respuestas sean las correctas. Entonces tenemos que dialogar con ellos, tenemos que entender que sus preocupaciones son legítimas e importantes. Nosotros, los científicos, contamos con tiempo para investigar y dialogar, ellos no. Es lo que veo que en Alemania se hace y no tanto afuera. Esto se nota fundamentalmente en los comentarios a fallos, que son pequeños estudios de las sentencias que en dos o cuatro páginas se presenta una crítica. Entonces esta preocupación de diálogo es constante. Casi toda gran teoría alemana se desarrolló por el impulso de dialogar con la jurisprudencia. El orden del día aquí es en gran medida fijado por la jurisprudencia.

Leandro Dias: En los últimos años defendiste una concepción individualista de la fundamentación de la legítima defensa, pero limitada por consideraciones no individualistas. Quisiera preguntarte si podrías desarrollar tu fundamentación.

Luís Greco: La idea fundamental es que la legítima defensa es un componente de los derechos subjetivos. Yo diría que un derecho subjetivo es una posición que tiene que ser más fuerte que el arbitrio ajeno. Si yo tengo que entregar una cosa que es declarada mía, solo porque un otro la quiera, en verdad no tengo derecho a esa cosa. Me parece que si tengo que dejar que alguien me golpee o me quite mis cosas personales sin poder reaccionar, no tengo un derecho a la integridad corporal o de propiedad. La legítima defensa no es otra cosa que el propio derecho subjetivo en una situación extrema. El derecho subjetivo es una barrera contra el arbitrio ajeno y el derecho de legítima defensa es un componente del derecho subjetivo. Pero cabe destacar que esto no significa que este derecho sea ilimitado, ya que los derechos subjetivos tienen sus límites.

Estos límites son impuestos también por consideraciones de bien común. La legítima defensa significa también que yo puedo proteger mi derecho con mis propias manos en una situación extrema, lo que entra en colisión con una idea de pacificación social o monopolio de la fuerza estatal, que son ideas importantes también. Es por eso que si alguien hurta mi reloj, puedo lesionarlo, e incluso hasta matarlo en el momento que huye. (Considero que se puede matar, pero habría que discutir). Pero la cuestión es diferente si lo encuentro al ladrón una semana después con el reloj en la mano y noto que es el mío. Mi derecho de propiedad todavía existe, pero en este momento el orden jurídico me dice que es necesario acudir a la justicia estatal u otros derechos de autotutela que no son estrictamente la legítima defensa. ¿Por qué esto? Porque la situación ya se encuentra pacificada. El derecho limita derechos subjetivos por consideraciones de paz social. En estas situaciones, muchas veces lo que pasa en el derecho objetivo se sobrepone al derecho subjetivo. En otras, el derecho objetivo suprime el subjetivo; aquí, se debe una indemnización, que es la idea básica detrás de los supuestos de expropiación. Al final, el estado necesita un derecho subjetivo de un ciudadano para promover el bien común en determinadas condiciones. La legítima defensa es el derecho subjetivo en una situación extrema que puede ser limitada por consideraciones de bien común, con ciertos límites, entre ellos la indemnización. Lo que no es indemnizable, como por ejemplo atentados contra la vida o libertad, no puede ser limitado. En cambio, en situaciones de agresiones patrimoniales, la legítima defensa sería bastante limitable bajo la condición de una indemnización.

Antonella Donnes: ¿Cuáles cree que son los mayores desafíos de la dogmática penal en la actualidad y aún más en el contexto de pandemia en el que nos encontramos? ¿Cree que esto presenta alguna particularidad?

Luís Greco: Diría que el desafío más importante de la dogmática penal fuera de Alemania - esto con independencia de la pandemia, porque lo excepcional no puede ser más que una especificación de lo general - es crear un contenido que la praxis pueda aprovechar de alguna manera, es decir, que pueda cambiar el modo en que la gente se maneja con el derecho. No hablar solo consigo misma, dejar de escribir para quienes piensan igual a uno y escribir para llegar a los jueces, los fiscales y quienes ejercen la profesión. El derecho, al final de cuentas, no es una cuestión de profesores, sino que es cosa de la vida. El derecho existe en la vida real y esto me parece que es el principal desafío de la dogmática fuera de Alemania. Al final se trata también de saber manejar esto para resolver los propios problemas de cada país y aplicarlo correctamente. Es importante que los latinos leamos las sentencias de nuestros jueces, publiquemos sobre ellas e incluso las critiquemos. Fomentar que los jueces dialoguen. La impresión correcta sería establecer un diálogo entre ciencia y práctica. Esto es, a mi entender, nuestra tarea, y comienza en la universidad, donde deberíamos estar también aplicando la teoría a casos y no únicamente enseñando teoría. Siempre sostengo que me impresiona que nosotros traduzcamos libros extensos de derechos penal alemán y no lo hagamos con ninguna decisión del Tribunal Supremo Federal alemán, ya que parecería ser que no nos interesa. Me impresiona que no existan buenos libros de resolución de casos estilo de dictamen (Gutachtenstil). En Córdoba, he intentado resolver un caso al estilo alemán, bien reglado y estructurado y sería interesante receptar este esfuerzo, que en Alemania no es considerado científico. Me parece que son el presupuesto para que uno pueda razonar, hacer ciencia de manera realmente productiva. Roxin le criticó a mi tesis de doctorado que no haya citado jurisprudencia. A lo largo del tiempo fui comprendiendo lo importante que es ese diálogo y proceso de maduración. Considero que este problema refleja la atención que le damos a nuestra propia jurisprudencia. Debemos tenerla más en cuenta. Yo tampoco lo he hecho siempre, ahora lo intento hacer más. Si lo hacemos con educación, respeto y sin menospreciar, estoy seguro de que será muy fructífero.

Antonella Donnes: Al hacer referencia a desafíos actuales de la dogmática penal, se hace inevitable pensar en el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Quisiera saber si usted tiene una posición al respecto.

Luís Greco: Mi posición se encuentra expuesta en un libro llamado “Reflexiones sobre el Derecho Penal”, que fue traducido al castellano por mi amigo Juan Eliás Carrión Díaz. Considero que en el derecho penal la pena se aplica por errores que uno propio comete y no por errores ajenos. Uno solo es castigado con pena por un error propio. Esto es un principio muy importante del derecho penal porque se relaciona con la propia idea de pena que le quita a uno un derecho personalísimo.

Entonces, para perder un derecho como este, uno tiene que cometer un error personalísimo (principio de culpabilidad). En una persona jurídica no existen errores personalísimos porque la persona jurídica no actúa por sí misma, sino que lo hace a través de otro y le es imputable a la persona jurídica esta actuación. Algunos quieren ocultar esto, con una referencia a un concepto de “auto-responsabilidad”, pero también en este modelo siempre hay imputación. A mí me parece que llamar “pena” a lo que se impone a la persona jurídica es dar la impresión de que este principio de responsabilidad personal no se aplica a todas las situaciones. Da la impresión de que existen penas sin responsabilidad personalísima. Quien da esta opinión crea un precedente en el sistema de responsabilizar a uno por el error del otro. Si uno observa históricamente la responsabilidad penal de personas jurídicas, uno se encuentra con sistemas jurídicos que conocen la idea de responsabilidad por errores ajenos. Es decir, son manifestaciones de un derecho penal que no sabe lo que es un principio de culpabilidad. Entonces considero que uno puede sancionar a personas jurídicas, pero no puede llamar a esto pena, aunque las sanciones sean las mismas. De lo contrario, significaría crear un precedente peligroso. Mi opinión es entonces bastante conservadora.

María Lucila Tuñón Corti: En los últimos meses se observa que el Coronavirus ha obligado a ciertos países a aplicar ciertos criterios médicos en lo que respecta a la asignación de recursos escasos. A modo de ejemplo, existe mucha gente contagiada y que necesita un respirador, pero no hay tantos respiradores disponibles para esa cantidad de personas. Entonces los médicos deben elegir a qué paciente brindarle el único respirador disponible si hay, supóngase, cuatro personas que lo necesitan. ¿Cómo deberían resolverse estos casos a la luz del derecho penal?

Luís Greco: La dogmática resuelve estos casos en la colisión de deberes. La idea es que si uno tiene una posibilidad de salvar y está delante de cuatro destinatarios, uno se encuentra facultado a elegir a uno y exento de pena. Considero que la solución correcta es la mencionada. El médico puede decidir como desee siempre y cuando salve a un paciente. Penalmente hablando, puede discriminar por edad, sexo, etc., pero esto no significa que actuó lícitamente, solo que no está matando, porque discriminar no es lo mismo que matar. Esto no significa que no debemos generar criterios, pero estos criterios no tendrán que ver con la cuestión de la punibilidad, sino que tendrán que ver con cuestiones de no discriminación, de respetar los derechos de los pacientes, etc., pero que no implican

una responsabilidad por homicidio por omisión. En una situación donde sí hay un homicidio claramente es cuando el paciente ya se encuentra utilizando el respirador y un médico se lo quita para salvar a otro. Esto sí configuraría un homicidio por comisión, en su modalidad de interrupción de un curso causal salvador. Nadie tiene la obligación de dejarse matar para salvar al otro. Pero la idea básica sería diferenciar muy estrictamente entre la perspectiva del derecho penal y la perspectiva del derecho sanitario.

María Lucila Tuñón Corti: ¿Cree que puede aplicarse un estado de necesidad justificante (§ 34 StGB) en casos en los que colisionan diferentes bienes que pertenecen a la misma persona? El caso típico sería el siguiente: llega un paciente a una sala de urgencias, pero se encuentra inconsciente y no se cuenta con ningún punto de partida para saber cuál sería su consentimiento presunto.

Luís Greco: La regla es que, en colisiones de bienes de la misma persona, es decir, intrapersonales, uno no aplica el estado de necesidad justificante, porque éste en principio valora la colisión desde la perspectiva de la sociedad, maximizando los beneficios sociales y minimizando los perjuicios sociales. Cuando se trata de bienes de la misma persona, es la persona la que tiene derecho a jerarquizar sus bienes. En principio es solo una cuestión de consentimiento presunto, pero hay algunas situaciones en las cuales el consentimiento no vale como, por ejemplo, casos de homicidio, personas sin capacidad, etc. En estos casos, el estado de necesidad justificante y el consentimiento presunto llegan al mismo lugar, porque uno no tendrá indicios para reconstruir la voluntad del individuo. Pero en principio no se puede aplicar estado de necesidad, porque esto significa imponer al individuo una jerarquía de valores que no es la suya, que es la de la sociedad, y, entonces, se viola su derecho de autonomía. De todos modos, hay algunos casos en los que el individuo no tiene manera de

jerarquizar valores o el derecho no le confiere esta facultad. Se trata de los casos de paternalismo jurídicamente reconocido y aquí sí se puede trabajar con el estado de necesidad y me parece que es un poco más sincero que trabajar con el consentimiento presunto.

María Lucila Tuñón Corti: ¿Podría el estado de necesidad justificante entrar en juego con las nuevas tecnologías y en particular con los vehículos autónomos o podríamos pensar en otra clase de causas de justificación?

Luís Greco: Defiendo que aquí se trata materialmente de una colisión de deberes de salvamento, de actuar. En esa situación, uno puede hacer lo que quiere, pero la mejor solución es que se programe la máquina para salvar el mayor número posible de vidas. Se trata de una colisión entre dos chances de salvamento y al programarse la máquina para salvar vidas uno no le quita a nadie un derecho que ya tenga, solo una perspectiva, una expectativa de ganar algo. Pero el punto neurálgico a nivel dogmático para abordar este problema no es la teoría de las causas de justificación, ni el punto de vista de la antijuridicidad, sino más bien el plano del riesgo permitido. Formalmente hablando, estamos en el ámbito del riesgo permitido. Materialmente es una colisión de deberes de actuar.

Daniel Pastor: Quería consultarle por el impacto que puede tener la jurisprudencia internacional de los tribunales penales internacionales, en especial la Corte Penal Internacional, en la ciencia del derecho penal alemán de la parte general. ¿Qué tanta consideración le han dado ustedes en esta nueva actualización?

Luís Greco: No tanta. Hay pocos casos en que la jurisprudencia de los tribunales internacionales suele ser más “garantista” que la jurisprudencia alemana. Un contexto en lo que esto pasa es el de la provocación al delito. Aquí el Tribunal Supremo Federal alemán tiene una postura de que, si uno es provocado por el Estado para cometer un delito, entonces uno recibe una rebaja de pena y ya está. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una postura más restrictiva y muchas veces dice que la prueba no puede ser utilizada, lo que parecería dar lugar a una necesidad de un sobreseimiento. Por eso, en estas situaciones bien concretas hay mucha tensión. Fuera de estos casos, la verdad es que es muy difícil aprovechar mucho esta jurisprudencia de tribunales internacionales. Cuando miro la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y veo las cosas que discuten, se trata muchas veces de cuestiones “infantiles” desde una perspectiva alemana, porque discuten, por ejemplo, si es posible que uno cometa un delito en autoría mediata y en coautoría al mismo tiempo. Es obvio que es posible realizar esa combinación: dos amigos instruyen a un niño de 6 años a una tienda a fin de hurtar un objeto. Y a veces no tratan preguntas que sí son relevantes. Por eso si uno intentase aprovechar esta jurisprudencia de derecho penal internacional, terminaría brindando argumentos irrelevantes desde la perspectiva de la dogmática tradicional.

Eugenio Sarrabayrouse: ¿Seguís trabajando cuestiones procesales? Porque tanto tu tesis de habilitación, como algunos artículos que escribiste, me resultaron muy sugerentes e interesantes. Particularmente, el que publicaste sobre la virtud en el derecho procesal penal, ya que es un tema que casi no es tratado en el ámbito regional.

Luís Greco: Me gusta mucho el derecho procesal. Y escribí artículos, pero la repercusión de estos trabajos no fue la misma en comparación con los que tratan sobre derecho material. El derecho procesal en Alemania tiene un gran problema: no se discute mucho en la universidad. En la universidad uno estudia derecho procesal de manera secundaria. Puede que ustedes de afuera no lo perciban, pero en Alemania la universidad es un ámbito muy competitivo y me gustaría aún ganar ciertos concursos para obtener mejores condiciones de trabajo y cuento con diez años para lograrlo. Si yo publico artículos sobre derecho procesal, esto no aumenta las chances de obtener nuevas cátedras, pero, en cambio, si publico cuestiones relativas al derecho material, derecho penal económico, o incluso derecho penal de medicina, entre otras cuestiones, aumentan mis posibilidades. Terminaré eventualmente escribiendo algunos artículos sobre derecho procesal. Pero deseo trabajar en los próximos años exhaustivamente sobre causas de justificación y sobre causas de exculpación. Considero que la obra de Javier Wilenman es una de las que mejor aborda esta cuestión y me gustaría hacer algo similar, desarrollar un sistema de estas causas. El artículo que he redactado sobre la virtud del derecho procesal penal no ha tenido casi repercusión en Alemania. Me gusta el proceso penal, pero con recursos limitados prefiero trabajar en la parte general principalmente y temas que me posibiliten ganar concursos.

Alejandra Verde: Tengo entendido que en Alemania es una postura dominante, casi indiscutida, que los deberes negativos (de omitir) priman sobre los positivos (de actuar). Parecería ser que se encuentra muy aceptado y casi nadie lo discute. Sin embargo, a mí me genera duda, quisiera saber cuál es tu postura sobre esto porque no creo que en todos los casos sea así, tanto a nivel descriptivo, como prescriptivo.

Luís Greco: Considero que el deber de no lesionar es más fuerte que el deber de salvar. Creo que la solución tradicional es la correcta, ya que detrás de esta construcción está la idea de que las posiciones jurídicas deben ser respetadas. Lo que ya sucedió, sucedió, y cambiar algo necesita de más legitimación que dejarlo como está. Uno puede decir que se trata de un principio conservador, pero el derecho tiene esta estructura, al menos en parte. La idea de derecho subjetivo está basada en esta estructura. Entonces, considero que se trata de una solución en cierto sentido incuestionable. Lo que sí no sé es si hay una correspondencia perfecta entre la figura del deber negativo y la prohibición de acción, y del deber positivo y la prohibición de omisión. Jakobs y otros lo cuestionan. La verdad es que no lo tengo en claro. Creo que, en un nivel más fundamental de análisis, la descripción y la proposición se confunden. Yo puedo desarrollar una reflexión sobre el derecho, que es lo que regula nuestras vidas. Este derecho reconoce la categoría de los derechos subjetivos y, entonces, reconoce la idea de que nuestras esferas protegidas son el conjunto de derechos subjetivos que cada uno de nosotros tiene y que nos define como sujetos de derecho. Se trata, en principio, de esferas de no intervención, de barreras contra el arbitrio ajeno. Si esto es así, automáticamente uno puede resistir de forma más fuerte a otro que quiere intervenir activamente, que imponerle a otro que actúe para salvar o ayudar. Se trata de algo descriptivo, pero que también es propositivo, porque es la articulación de la idea

misma de lo que es reconocer personas como sujetos de derecho, como titulares de derechos subjetivos. Me es imposible imaginar un derecho objetivo que no reconozca estas premisas. Al final, hay un punto de la abstracción donde todo se conecta y en el que uno no puede hablar siquiera de derecho sin reconocer esto. El derecho está vinculado a la idea de que las personas importan.

Leandro Dias: Mencionaste la obra de Wilenmann como una de las más importante de los últimos tiempos y también la idea de que los derechos subjetivos son importantes en el marco de las causas de justificación. Quisiera preguntarte, entonces, cuál es la vinculación entre la idea de derechos subjetivos y una posible legítima defensa en favor de animales.

Luís Greco: La vinculación es directa. Si existiese un derecho subjetivo, también existiría un derecho a la legítima defensa, porque la legítima defensa es el derecho subjetivo en una situación excepcional. Y – creo yo – los animales tienen derechos subjetivos, aunque muy limitados. Pero al menos tienen un derecho a no ser sometidos a crueldad. Diría que el animal no tiene derechos naturales e innatos, como tenemos los seres humanos, y que todos los derechos de los animales son, de cierto modo, concedidos por el ordenamiento jurídico y no previos a él. Pero sí tienen derechos subjetivos. Por eso creo que tendrían derecho a legítima defensa, aunque también limitada, dado que la legítima defensa del humano tampoco es ilimitada. La legítima defensa de un animal sería, entonces, aceptable, pero debería analizarse una nueva restricción ético-social, en este caso con límites propios. Puntualmente: poder matar a una persona para salvar un animal iría demasiado lejos.

Antonella Donnes: En uno de sus libros ubica la problemática de las acciones neutrales en el ámbito de la imputación objetiva y explica resumidamente que el fundamento para no sancionar tales acciones tendría que ver con la inidoneidad de la prohibición para proteger al bien jurídico. Quería preguntarle si nos puede explicar brevemente esa posición.

Luís Greco: Tomemos en consideración el siguiente caso. Una persona va a una panadería, compra un pan cualquiera y le dice al panadero: “Este va a ser el último pan que mi pareja va a comer, porque la voy a envenenar”. El panadero se rehúsa a vender el pan y el sujeto se va de la panadería y, camino a su casa, pasa por otra panadería y compra otro pan. Aquí, quitarle al panadero la libertad de vender no mejora en nada la situación de la futura víctima. Yo diría que, en este caso, la complicidad neutral no está prohibida. Pero si suponemos que es un día feriado, hay solo una panadería abierta y el individuo que quiere matar a su pareja le cuenta al panadero sobre su plan, entonces sí consideraría en este caso que el panadero debería negarle la venta, porque esto sí podría influir en la situación de la víctima. Hay que analizar, entonces, cuál es la dificultad que se le genera al autor principal por rehusarle la contribución del posible cómplice. Si hay acciones que uno puede obtener en cualquier lugar sin tener que contar mucho sobre el plan, no hay una justificación en términos de protección de bienes jurídicos para la prohibición de la conducta del cómplice. La idea tiene ciertos problemas, pero considero que me convence en líneas generales.

Colaboraron en este número

Leandro A. Dias

Antonella Donnes

Daniel Pastor

Eugenio Sarrabayrouse

María Lucila Tuñón Corti

Alejandra Verde

Mario Villar

Silvina Alonso

Noelia Mitelli

Diseño original: Lucía Montenegro