

LUÍS GRECO
ANTONIO MARTINS
Organizadores

DIREITO PENAL COMO CRÍTICA DA PENA

Estudos em homenagem a Juarez Tavares
por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ • ANTONIO CAVALIERE • ANTONIO MARTINS
ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA • AURY LOPES JR. • BERND SCHÜNEMANN
CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ • CLAUS ROXIN
DIRK FABRICIUS • EDGARDO ALBERTO DONNA • ENRIQUE BACIGALUPO
ÉRIKA MENDES DE CARVALHO • EUGENIO RAÚL ZAFFARONI • FERNANDO VELÁSQUEZ V.
FRANCESCO PALAZZO • FRANCISCO MUÑOZ CONDE • FRANK SALIGER
HELENA REGINA LOBO DA COSTA • JAVIER AUGUSTO DE LUCA • JOAQUIN PEDRO DA ROCHA
JORGE DE FIGUEIREDO DIAS • JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS • JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
JUAN M. TERRADILLOS BASOCO • JUAREZ CIRINO DOS SANTOS • JULIO B. J. MAIER
KLAUS VOLK • LORENZ SCHULZ • LUIGI FERRAJOLI • LUÍS GRECO • LUIZ REGIS PRADO
LUTZ EIDAM • MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA • MIGUEL BAJO
MIGUEL REALE JUNIOR • MILTON CAIROLI MARTÍNEZ • MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
MORITZ VORMBAUM • PAULO DE SOUSA MENDES • RAÚL CERVINI
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA • SASCHA ZIEMANN • SERGIO MOCCIA
SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA • THOMAS VORMBAUM • ULFRID NEUMANN
WINFRIED HASSEMER • WOLFGANG NAUCKE

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
1. ¿Qué importancia tiene la discusión dogmática actual respecto de la jurisprudencia? – ENRIQUE BACIGALUPO	13
2. ¿Puede una persona jurídica conocer la antijuricidad de la norma? A propósito de una doctrina jurídico administrativa – MIGUEL BAJO	21
3. La inexigibilidad de otra conducta. Una aproximación desde la dogmática – MILTON CAIROLI MARTÍNEZ	37
4. A influência do direito penal europeu das organizações criminais sobre o ordenamento italiano – ANTONIO CAVALIERE	53
5. Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible (FOM) – RAÚL CERVINI	75
6. Intervenciones informativas como medio de combate de la criminalidad organizada – ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ	93
7. O discurso criminológico – JUAREZ CIRINO DOS SANTOS	119
8. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do <i>harm principle</i> – HELENA REGINA LOBO DA COSTA	133
9. Omisión impropia y principio de legalidad – JAVIER AUGUSTO DE LUCA	151
10. Las penas de las personas jurídicas en la regulación española – JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS	169

11. La acción libre como base de toda imputación penal – EDGARDO ALBERTO DONNA	185
12. A contribuição da psicanálise para a política dos direitos humanos – DIRK FABRICIUS	213
13. Constitucionalismo e jurisdição – LUIGI FERRAJOLI	233
14. O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa – JORGE DE FIGUEIREDO DIAS	249
15. A ilha de Kant – LUÍS GRECO	263
16. A teoria da ação na doutrina de Juarez Tavares: a construção de um direito penal de garantia – ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA	281
17. El aborto: delito arcaico, punibilidad regresiva y explotación social – JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA	301
18. Punir no Estado de Direito – WINFRIED HASSEMER	335
19. O papel do direito penal no século XXI – CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ	345
20. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? Um diálogo com James Golschmidt, Binding e Guasp – AURY LOPES JR.	359
21. Presente y futuro del sistema jurídico-penal – JULIO B. J. MAIER	371
22. Culpabilidade como instituição política: um esboço – ANTONIO MARTINS	389
23. A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade – SERGIO MOCCIA	405
24. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal – MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ	417
25. A nova sistemática das medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro – MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA	437

26. El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno «derecho penal del enemigo» – FRANCISCO MUÑOZ CONDE	451
27. Direito penal negativo – WOLFGANG NAUCKE	473
28. O princípio de determinação taxativa da lei penal – FRANCESCO PALAZZO	485
29. <i>Societas delinquere potest?</i> Desafios e perspectivas da recente Reforma do Código Penal espanhol – LUIZ REGIS PRADO e ÉRIKA MENDES DE CARVALHO	495
30. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal – ULFRID NEUMANN	519
31. Elemento subjetivo do crime de receptação dolosa – MIGUEL REALE JUNIOR	533
32. El bien jurídico ambiente y su tutela penal actual – JOAQUIN PEDRO DA ROCHA	549
33. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida – CLAUD ROXIN	563
34. Limites da interpretação normativa em direito penal – FRANK SALIGER	587
35. Corrupção: uma análise criminológica – SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA... ..	603
36. A suspeita legítima – LORENZ SCHULZ	617
37. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio – BERND SCHÜNEMANN	631
38. A segurança como critério de estipulação de crimes – RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA	649
39. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – PAULO DE SOUSA MENDES	661

40. Represión penal y libertad de expresión (a propósito del proceso a Charles Baudelaire) – JUAN M. TERRADILLOS BASOCO	669
41. Corrupción y política criminal – FERNANDO VELÁSQUEZ V.	689
42. Sobre a responsabilidade penal das empresas – KLAUS VOLK	717
43. A legislação racial da Alemanha nazista – THOMAS VORMBAUM	731
44. O caráter restrito da reclamação contra a prisão (<i>Haftbeschwerde</i>) no direito processual penal alemão – MORITZ VORMBAUM	745
45. La legalidad penal liberal y autoritaria – EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ...	757
46. <i>Kaspar Hauser</i> , de Paul Johann Anselm von Feuerbach. Um livro e sua história – SASCHA ZIEMANN e LUTZ EIDAM	775

PREFÁCIO

Não é tarefa simples escrever o prefácio de um livro em homenagem a uma pessoa tão pouco afeita a cultos pessoais e à autopromoção como Juarez Tavares. Atendendo à lógica não de todo arbitraria segundo a qual a homenagem deve adequar-se ao caráter do homenageado, melhor seria, talvez, deixar que o honroso número e a extraordinária qualidade das contribuições a este volume falassem por si. Se não o fazemos, é porque não seria justo, se não com a modéstia do indivíduo, certamente com o público e com a figura pública do homenageado.

Juarez Tavares estudou direito na Universidade Federal do Paraná, concluindo o curso em 1966. Foi orador da turma e recebeu vários prêmios como melhor aluno do curso de direito. Ingressou no magistério da mesma universidade, mediante concurso público, como auxiliar de ensino da cadeira de direito penal em 1967. Segundo testemunho pessoal, foi por influência de seu professor, Alcides Munhoz Netto, por quem nutre até hoje grande admiração, que começou a interessar-se pelo direito penal.

Em 1969, transferiu-se para a Alemanha e lá permaneceu até 1972, com bolsa de estudos concedida pelo Deutschland Akademischer Austauschdienst (DAAD), ocasião em que realizou estudos de direito penal na Universidade de Freiburg e foi pesquisador no Instituto Max-Planck de Direito Penal e Penal Internacional, ambas as atividades sob orientação do Prof. Hans-Heinrich Jescheck. Ali preparou sua dissertação de mestrado, *Teorias do delito*, bem como sua tese de doutorado, *Direito penal da negligência*, as quais defendeu perante a Universidade Federal do Rio de Janeiro, respectivamente, em 1979 e 1981.

De 1973 a 1976, lecionou na Universidade Estadual de Londrina. Nesse tempo, foi membro da Comissão Organizadora do 1.º Congresso Brasileiro

de Criminologia. Em 1976, traduziu o curso de *Direito penal. Parte geral*, de Johannes Wessels, para a língua portuguesa. Mudou-se para o Rio de Janeiro em 1977, onde ingressou como professor na PUC-RJ. Em 1978, começou a lecionar igualmente na Universidade Gama Filho, da qual é professor até hoje, titular da cadeira de direito penal nos cursos de mestrado e doutorado em direito.

Em 1980, ingressou na carreira de Defensor Público da União junto à Justiça Militar. Foi aprovado em 1.º lugar no concurso público, de âmbito nacional. Em 1982, novamente aprovado em 1.º lugar em concurso público de âmbito nacional, ingressou na carreira de Procurador da República. A partir de 2007, exerceu o cargo de Subprocurador-Geral da República, promovido por antiguidade, com atuação no Superior Tribunal de Justiça.

Realizou concurso para professor de direito penal na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio), em 1990. Foi aprovado com nota máxima. Em 1999, foi nomeado professor titular de direito penal, mediante concurso público, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Juarez Tavares fez parte de três comissões de reforma do Código Penal. A primeira delas, sob a presidência de Evandro Lins e Silva, elaborou um esboço de Código Penal, de grande repercussão. Fez parte, também, como relator, de uma comissão alternativa, do IBCCrim, sob a presidência de Nilo Batista, a qual elaborou um projeto de parte geral do Código Penal, o qual jamais foi posto em discussão.

Desde 1995, até hoje, é professor visitante na Goethe-Universität, em Frankfurt am Main, Alemanha, a convite dos professores Winfried Hassemer e Dirk Fabricius. Nessa instituição, participou do famoso *Dienstagseminar* do Instituto de Ciências Criminais e Filosofia do Direito, inclusive na qualidade de palestrante. Coordenou seminários com os professores Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz e Dirk Fabricius. Entre os anos de 2004 e 2005, realizou estudos de pós-doutorado na mesma instituição, sob a orientação de Winfried Hassemer.

Foi igualmente professor visitante nas universidades de Buenos Aires, Argentina, e Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. É professor honorário da Universidad San Martín, em Lima, Peru.

Seus livros são clássicos do direito penal brasileiro. Sua tese de mestrado, *Teorias do delito*, foi traduzida já em 1983 para o espanhol. O mesmo destino teve, em 2010, sua tese de cátedra, na UERJ, *Teoria do injusto penal*, prefaciada por Eugenio Raúl Zaffaroni, já em terceira edição no Brasil. A comprovar o interesse internacional que sua obra tem encontrado, o opúsculo sobre *Bem jurídico e função no direito penal* foi publicado

diretamente naquele idioma. A versão modificada de sua tese de doutorado, agora sob o título de *Teoria do crime culposo*, recebeu elogioso prefácio de Claus Roxin em sua terceira edição. Publicada este ano, saborosa demonstração de inexaurível fôlego intelectual, a *magnus opum* sobre os *Crimes omissivos* conta com laudatório prefácio de Winfried Hassemer.

Desde o início de suas reflexões, Juarez Tavares tratou de incorporar à sua obra não só os mais modernos desenvolvimentos da dogmática penal internacional, com a qual nunca deixou de dialogar, como a delicada sensibilidade de uma visão de mundo que reconhece a proteção da pessoa humana como centro necessário de toda e qualquer ordem jurídica digna deste nome. Seu olhar meditativo sobre o mundo e a opressão individual são momentos decisivos de uma obra que dá testemunho da amplitude dos interesses de seu autor, a espalhar-se até a filosofia e a psicologia. Sua visão humanista tornou-o, com o passar dos anos, um crítico cada vez mais feroz do direito, do sistema penal e da instituição pública da pena como tal. A refinada tradução dogmática de tais preocupações compõe uma obra singular, que apresenta contribuições inovadoras sobre as teorias da conduta e da causalidade, o conceito de omissão, a teoria do bem jurídico, a sistemática dos delitos culposos e os lineamentos da culpabilidade penal.

Querido por seus alunos, admirado por seus colegas, com uma legião de amigos mundo afora – com essa singela afirmativa, o máximo que nos permitimos, malgrado suas próprias preferências, sobre o indivíduo Juarez Tavares, fechamos esta introdução. Não sem antes agradecer profundamente a todos os professores que, gentilmente, dedicaram seu tempo a escrever os belos trabalhos que aqui vão publicados. O impressionante número de autores das mais diversas nacionalidades reflete a repercussão do trabalho de nosso homenageado e, da perspectiva dos organizadores, torna desaconselhável qualquer esforço de uniformização das formalidades de citação. Os estudos em espanhol vão publicados na língua em que foram escritos, o que corresponde à praxe das revistas especializadas no Brasil; já os estudos em outras línguas foram traduzidos ao português.

Gostaríamos de prestar um agradecimento póstumo ao Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Joachim Hirsch, que se comprometera a apresentar uma contribuição, mas lamentavelmente faleceu antes de poder concluí-la; e estender nosso agradecimento, ainda, ao Prof. Dr. Geraldo Prado, que, por um motivo pessoal de natureza trágica, o qual lamentamos muito, acabou por ver-se impedido, a contrapelo de sua vontade e de seus esforços, de enviar-nos sua contribuição. Dirigimos um especial agradecimento aos tradutores, sem cuja ajuda o presente projeto não poderia ter sido realizado: Augusto Assis (mestrando na Universidade de Ludwig Maximilian, Munique); Rui Carlo Dissenha (mestre pela UFPR; doutorando na USP; Especialista em Direito

Penal pela Université de Paris II; Masters in Law pela Leiden Universiteit; advogado); Fernanda Lara Tórtima (LL.M. Universidade de Frankfurt a.M.; advogada); Alaor Leite (LL.M. Universidade de Ludwig Maximilian, Munique; doutorando na mesma instituição); André Ribeiro Giamberardino (mestre pela UFPR e pela Università degli Studi di Padova; doutorando na UFPR; professor; advogado), e Eduardo Saad Diniz (doutor pela USP; professor adjunto da USP Ribeirão Preto). Por fim, agradecemos à casa editorial Marcial Pons, que, na pessoa do dr. Marcelo Porciúncula, desde o início acreditou no ambicioso projeto do presente livro. A todos, o nosso muito obrigado.

Ao querido Prof. Dr. Juarez Tavares, nosso desejo de muitos anos de vida e de ativa produção acadêmica!

LUÍS GRECO

ANTONIO MARTINS

¿QUÉ IMPORTANCIA TIENE LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA ACTUAL RESPECTO DE LA JURISPRUDENCIA?

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho Penal,
Universidad Complutense de Madrid, España.

I

En la práctica de los abogados, los jueces y los fiscales existe un cierto prejuicio contra las teorías jurídicas. Se las supone como una manifestación de una metafísica infructuosa y puramente especulativa. Esta actitud suele conducir a la solución de los problemas jurídicos caso por caso, aplicando difusas intuiciones de justicia. Mi punto de vista es completamente opuesto.

Me propongo que tratar un aspecto especial de las relaciones genéricas entre teoría y praxis. Por este motivo no puede sorprendernos que en las ciencias penales exista un cierto paralelismo con la diversidad de los entendimientos con los que dichas relaciones han sido concebidas en general.¹ Mi propósito es referirme a las diversas concepciones de las relaciones entre teoría y praxis en el ámbito del derecho penal. Soy consciente de que, en lugar de esta perspectiva, también podría ofrecer al lector un inventario informativo de concordancias y de desencuentros entre las opiniones de los

¹ Confr. GADAMER, *Lob der Theorie*, 1983, p. 26 y ss.

profesores (la dogmática penal) y las de los jueces (la jurisprudencia) referido a España, que es la otra alternativa de tratamiento que el tema permite. Pero, pienso que en el nivel de abstracción propuesto es posible un diálogo sobre una problemática común más fructífera que el mero intercambio de informaciones.

En una primera perspectiva la respuesta a la cuestión planteada ha dependido de si dogmática y jurisprudencia, es decir *teoría y praxis del Derecho Penal*, tienen una finalidad común, aunque –por regla– con diversos grados de abstracción, consistente en la aplicación de normas generales a casos concretos. Una parte considerable de la teoría del derecho penal acepta esta comunidad de finalidades y sólo diferencia la aplicación del derecho por los órganos judiciales de la propuesta por la teoría mediante el *imperium* que tienen las decisiones judiciales. Dicho de otra manera: se considera que la jurisprudencia es «ciencia aplicada», o bien que la práctica de los tribunales se legitima mediante su apoyo en la teoría del derecho penal. Este punto de vista, desarrollado especialmente en Alemania² reconoce un antecedente de gran significación en las ideas expuestas por KANT al referirse a la moral, al derecho público y al derecho internacional en su escrito sobre «El dicho popular: algo que es correcto en teoría, sin embargo no es idóneo para la práctica».³ Con respecto a la moral, al derecho público y al derecho internacional, KANT afirmó categóricamente que «lo que es correcto en la teoría moral, tiene que valer también para la praxis»⁴ y que «hay una *teoría* del derecho público (Staatsrecht), con la que toda práctica debe coincidir para ser válida».⁵

Esta idea del primado de la teoría y, cabría añadir, de su fuerza legítima, fue expuesta en el derecho penal de una manera pacífica prácticamente hasta hace relativamente poco tiempo. En efecto, FEUERBACH había señalado –siguiendo a KANT, aunque sin citarlo– que «el científico del derecho (Rechtsgelehrte) es en el Estado el intermediario entre el legislador, por un lado, y el juez civil por otro (...) con la antorcha de la ciencia debe iluminar la ley a partir de la cual el juez acuerda a los súbditos sus derechos».⁶ Más tarde fue BINDING quien sostuvo que la fuente de la fuerza de la praxis es «su

² En España ver: BACIGALUPO, «Empirismo y teorías jurídicas», en *Rev. Jurídica de Estudiantes*, Univ. Autónoma de Madrid, 1999, 1, p. 37 y ss.

³ KANT, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taug aber nicht für die Praxis, en *Vermischte Schriften I*, Grosseherzog Wilhelm Ernst Ausgabe, Leipzig, 1921, 174 y ss.

⁴ Loc. cit., nota 1, p. 191.

⁵ Loc. cit., nota 1, p. 211.

⁶ «Über Philosophie und Empirie in ihren Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft, Landshut 1804, citado según FEUERBACH/MITTERMAIER, *Theorie und Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Hrg. von KLAUS LÜDERSEN, 1968, p. 61 y ss. (73).

conexión con la ciencia».⁷ Pero BINDING condicionó la fuerza legitimante de la ciencia del derecho penal a que ésta sea «al mismo tiempo una ciencia del derecho positivo y del derecho práctico, una teoría que en su trabajo oiga el tañido del plus de la praxis, porque penetra en la norma jurídica con el fin de su aplicación y la transforma en la sentencia cuyo fundamento jurídico debe conformar».⁸ No muy diferentes son las palabras de KANTOROWICZ⁹ para quien «al menos la jurisprudencia de los tribunales superiores es en Alemania ciencia aplicada».

Esta primacía de la teoría era, en el ámbito del derecho alemán, no sólo una verdad de la razón propia del pensamiento kantiano, sino también la expresión de una larga tradición, proveniente de los siglos 17 y 18, que tuvo su fundamento en el art. 219 de la Carolina, que obligaba a los jueces a consultar a las facultades de derecho, entre otros órganos, sobre el derecho aplicable en los casos difíciles.¹⁰

Sin embargo, la identidad de finalidades de teoría y práctica, tal como ha quedado definida más arriba, no ha sido aceptada de una manera absoluta en el ámbito de la ciencia jurídico-penal. En Italia CARRARA consideraba que mientras la actividad dogmática era científica, la aplicación judicial del derecho era un *arte* regido por la *lógica judicial*,¹¹ lo que hace pensar en dos campos metodológicamente diferenciados. En el círculo cultural germano tampoco KELSEN, probablemente, admitiría una finalidad común de teoría y práctica, pues entendía que la existencia de una única interpretación correcta de una norma era una ficción y que la decisión entre diversas interpretaciones posibles constituye un «juicio de valor político» que no puede ser presentado falsamente como una «verdad científica».¹² Con otras palabras: la aplicación de la ciencia jurídica depende, en la concepción de Kelsen, de una decisión política, que, como tal, no sería científica.

II

El optimismo teórico, que dominó casi un siglo y medio, comenzó a perder fuerza luego de la gran discusión en torno a los sistemas dogmáticos

⁷ Handbuch des Strafrechts, 1885, p. 34.

⁸ Loc. cit. nota 5, p. 34 y ss. Es interesante señalar que BINDING, además de profesor universitario, fue juez del Tribunal de Leipzig y que consideraba que la teoría tiene una función crítica que debe salvaguardar la *independencia* de los tribunales inferiores frente al *Reichsgericht*. «Este es el sagrado deber de la ciencia frente a la ley y su praxis» (loc. cit. p. 36).

⁹ Tat und Schuld, 1933, p. 2.

¹⁰ Confr. sobre este procedimiento: HEGLER, Die praktische Tätigkeit der Juristen fakultäten des 17. U. 18. Jahrhunderts, Freiburg i. Br./Leipzig/Tübingen, 1899.

¹¹ Confr. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, 2.^a ed., Roma/Torino/Firenze, 1882, p. 2.

¹² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, p. 353.

del finalismo y del causalismo de los años 50 y parte de los 60. HELLMUTH MAYER comprobó que todos los sistemas de la teoría del hecho punible «son utilizables, si se los aplica consecuentemente» (Alle diese Systeme sind brauchbar, wenn sie nur folgerichtig angewendet werden).¹³ Dicho de otra manera: la discusión teórica sobre el sistema carecería de influencia en la práctica, pues todos los sistemas serían, al menos, plausibles para los objetivos de la práctica. Por su parte ROXIN, sin negar el valor del sistema de la teoría del delito respecto de una aplicación segura e igualitaria del derecho penal, señala, en el mismo sentido, la existencia de una molestia generada por la cuestión repetidamente planteada de «si el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática (...) se caracteriza por la desproporción entre el esfuerzo teórico y sus resultados prácticos».¹⁴

En este panorama de dudas sobre el valor práctico de los sistemas dogmáticos es JESCHECK quien da un cierto vuelco a los planteamientos iniciales, cuando, al tratar del «sentido de la teoría general del delito»,¹⁵ sostiene que la «notable estabilidad de la dogmática jurídico penal se ve reforzada por la influencia persistente de la jurisprudencia», aunque reconoce que desde la conclusión de los trabajos para el Proyecto de 1962 se han producido cambios en el sistema de la teoría general del delito y que éstos «han modificado también la jurisprudencia».¹⁶ Si bien se trata de pocas palabras y de afirmaciones no desarrolladas, parece que JESCHECK piensa en una *relación recíproca*, en la que, probablemente, la justificación de la cuestión misma del *rango preferente* de la teoría podría ser puesta en duda, toda vez que el carácter recíproco de la vinculación de teoría y práctica penales excluye la posibilidad de primacía de una u otra.

III

Queda por exponer la tesis de NAUCKE, una posición radicalmente escéptica, que considera que, *de facto*, existe una distancia muy considerable entre teoría y práctica y que esta distancia excluye el control científico de la praxis.¹⁷ La desconexión sería consecuencia del distinto interés que guía a los teóricos y a los prácticos. Las cuestiones que los tribunales deben resolver suelen no tener respuestas en la dogmática, de tal manera que los jueces orientan sus decisiones en el caso concreto a través de términos como «justo», «injusto», «falso», «correcto» o en consideraciones morales como

¹³ Strafrecht, AT, 1967, p. 58.

¹⁴ Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, p. 3 y s.

¹⁵ Ver JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 2.^a ed., 1972, p. 149.

¹⁶ Loc. cit., nota 14, p. 150; el párrafo se mantiene sin variaciones hasta ahora: JESCHECK/WAIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.^a ed. 1996, p. 196.

¹⁷ NAUCKE, en ZStW 85 (1973), p. 399 y ss.

«bueno», «malo», «repugnante», «horroroso», «brutal» etc.¹⁸ «En la ciencia no se encuentran esfuerzos paralelos dirigidos en forma inmediata a esta actividad valorativa».¹⁹ Por ello, «es necesario que la ciencia use su independencia y extienda su interés a objetos que no pueden ser alcanzados por la dogmática».²⁰ Las causas de la distancia entre la ciencia penal y la praxis obedecería, según NAUCKE, al desarrollo de la dogmática del siglo 19, que perdió el contacto con la praxis y a la reproducción de esta situación en la actualidad.²¹

En realidad, la tesis de NAUCKE no aclara las relaciones entre la teoría y la práctica del derecho penal, sino que cuestiona el tipo de ciencia penal que hoy se desarrolla. La distancia entre el interés de los científicos y las necesidades de la práctica no serían sino consecuencia de una ciencia penal que selecciona su problemática de una manera impráctica. En el fondo esta tesis se refiere a la prioridad de la práctica para decidir cuáles son los problemas que deben ocupar a la ciencia. El rango prioritario de la ciencia, por el contrario, no parece haber sido cuestionado.

IV

Veamos ahora, luego del intento realizado de reconstrucción de la discusión, si es posible dar una respuesta a la pregunta formulada al comienzo. Por lo pronto parece conveniente distinguir entre la trascendencia práctica de la discusión sobre el *sistema* de la teoría del hecho punible y la utilidad para la práctica de los *conceptos dogmáticos elaborados dentro del sistema*, tales como «tipo penal», «acción», «causalidad», «imputación objetiva», «dolo», «ilícito», «autor», «agresión ilegítima», «culpabilidad», «evitabilidad del error» etc. Soy consciente de que la distinción entre *sistema* y *conceptos dogmáticos del sistema* puede ser problemática y, probablemente, sólo pueda ser aclarada en el curso de una discusión posterior. Aquí sólo se la propone provisionalmente, pues la cuestión de si el sistema de la teoría del delito es determinante, o no, de los conceptos que se desarrollan dentro del mismo no tiene hoy en día una respuesta totalmente clara. ¿Se podría explicar la evolución del concepto de dolo en la dogmática reciente como una transformación condicionada por los cambios del sistema?

Desde un punto de vista *descriptivo* se podría decir que en la jurisprudencia española –de la que quiero partir– la discusión sobre el sistema no ha tenido influencia alguna. Por el contrario: lo que se percibe es un cierto

¹⁸ Loc. cit., nota 17, p. 432.

¹⁹ Loc. cit., nota 17, p. 432.

²⁰ Loc. cit., nota 17, p. 436.

²¹ Loc. cit., nota 17, p. 421 y ss.

pluralismo sistemático, frecuentemente de difícil justificación teórica, que, en todo caso, sólo aparece como implícito en las decisiones particulares. El Tribunal Supremo español se ha valido tanto del sistema finalista o de sistemas posteriores al finalismo como de sistemas causalistas. Por ejemplo: el concepto de ilicitud o de injusto personal es determinante respecto de la relevancia del elemento subjetivo de las causas de justificación. No obstante, el Tribunal Supremo exige tal elemento subjetivo en la defensa necesaria,²² pero no lo tiene en cuenta en el estado de necesidad justificante.²³ Es decir, en la defensa necesaria opera con un concepto personal de injusto, mientras que en el estado de necesidad justificante se aparta de él. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo suele mantener –aunque cada vez menos frecuentemente– respecto de la culpabilidad una terminología más propia de los sistemas causalistas, pero ha dado cabida –por cierto, que en algunos casos contra de la teoría dominante– a los conceptos de «dominio del hecho» y de «delitos de infracción de deber», de «posición de garante» y de «imputación objetiva» que tienen una evidente cercanía con los conceptos dogmáticos elaborados en los sistemas finalista y post-finalistas. Dicho con otras palabras: la jurisprudencia opera con diversos sistemas y utiliza a la vez conceptos dogmáticos con fundamentos heterogéneos y, a veces, contradictorios entre sí.

¿Cómo se justifica la pluralidad sistemática y la utilización al mismo tiempo de conceptos fundamentados en bases teóricas muy diferentes? ¿Se podría sostener que el Tribunal Supremo se aparta de los principios de la dogmática apoyándose en sus representaciones de la justicia de las soluciones o en las consecuencias que se derivan de su utilización?

En realidad, ninguna de estas alternativas es convincente. La dogmática actual se apoya en el método teleológico y, consiguientemente, sus conceptos llevan implícita una determinada idea de justicia o una consideración explícita de las consecuencias de su aplicación.²⁴ En este sentido dice SCHMIDHÄUSER²⁵ que «toda interpretación razonable es *teleológica*: se basa en entender la ley como la orden razonable posible a los órganos estatales».

Estos criterios, por otra parte, son comunes a la teoría y a la praxis. En la jurisprudencia los conceptos en los que se basan los fundamentos de las sentencias provienen de la dogmática o se elaboran con los principios de la dogmática. Dicho de otra forma: *también la jurisprudencia es dogmática*. Claro es que hay buena y errónea dogmática y que la jurisprudencia con

²² Ver SSTS de 19.04.1988, 02.04.1990, 26.04.1993 (SN. 972/93).

²³ Ver SSTS de 21.01.1986 con cita de otros precedentes.

²⁴ Confr. GRÜNHUT, en Festgabe f. R. Frank, I, 1930, p. 1 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.^a ed. 1991, p. 85 y ss.; ROXIN, loc. cit. nota 14; el mismo, *Strafrecht*, AT, 3.^a ed. 1997, p. 152 y ss.; 167 y ss. (Pár. 7/68 y ss.); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1974, 5/33.

²⁵ Loc. cit., nota anterior.

frecuencia se aparta de las categorías dogmáticas para lograr lo que estima una solución «justa». Puede que esta solución sea mejor o peor que la elaborada en las universidades, más o menos consecuente, intuitivamente más orientada a la tópica que a un sistema deductivo cerrado. Pero, en todo caso, la jurisprudencia tiene una pretensión dogmática y procura legitimarse en conceptos de la dogmática científica.

Es frecuente que entre nosotros, me refiero a España, falte un auténtico diálogo con la dogmática de los tribunales. Ello genera la sensación de dos lenguajes dogmáticos incomunicados. En gran medida será deseable que la función de la ciencia del derecho no se limite a la crítica del legislador y que también asuma la tarea de discutir, con criterios científicos, las soluciones de los Tribunales, apoyándolos, rechazándolos o proponiendo alternativas a las mismas.

Llegados a este punto lo que aparece como verdaderamente problemático es mantener la distinción entre teoría y praxis del derecho penal, dado que la dogmática teórica está orientada a los mismos fines que la praxis y ésta utiliza, en principio, los mismos métodos que la dogmática tendremos que plantearnos las mismas preguntas que se formulara Hans Georg GADAMER:²⁶ «¿Es la teoría, al final, una praxis, como ya lo apuntó Aristóteles, o la praxis, si es una verdadera praxis humana, es siempre al mismo tiempo teoría?».

²⁶ Loc. cit., nota 1, p. 49.