

INTERDISCIPLINARIA

EN RELACIÓN A LA HIPERTROFIA DEL DERECHO. UN ALEGATO EN FAVOR DEL ACERCAMIENTO ENTRE CIENCIA Y PRAXIS*

THOMAS ROTSCH**

I. INTRODUCCIÓN

Está de moda lamentarse por la relación entre la ciencia del Derecho penal y su praxis, y no solamente en tiempos recientes. Ya en su “System des heutigen römischen Rechts” [Sistema del Derecho romano actual] de 1840 señala von Savigny que “La principal causa del estado de nuestro Derecho yace en una separación entre la teoría y la praxis en constante aumento”¹. También en el último tiempo ha habido elocuentes quejas al respecto. Ya se han referido a esta problemática tres famosas clases inaugurales: Así, en 1957, *Thomas Würtemberg* escruta de manera muy crítica la “situación espiritual de la ciencia penal alemana”²; en el 2000, *Lutz Meyer-Großner* distingue una “teoría sin praxis y praxis sin teoría [...]”³; y *Volker Erb*, sólo un año después, indica que “la ciencia del Derecho penal, la jurisprudencia del Tribunal Superior y la práctica del Derecho penal que hacen los tribunales de instancia” se encuentran en una “indisoluble tensión”⁴. Otros artículos especializados sobre

* Esta es una versión más breve y anotada de la clase inaugural realizada por el autor el 26.10.2007 en la Universidad de Augsburg (vid. Zur Hypertrophie des Rechts – Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis, en ZIS, 2008, 1). El estilo de conferencia se ha mantenido. Traducción de Jaime Winter Etcheberry.

** Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal, Derecho penal económico y Derecho penal internacional de la Universität de Gießen, Alemania.

1 Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo 1, Berlin 1840, p. XXV.

2 Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2a ed., 1959.

3 Meyer-Goßner, *ZRP* 2000, 345.

4 Erb, *ZStW* 113 (2001), 1.

el tema provienen de *Fritz Loos*⁵, *Hans Joachim Hirsch*⁶, *Björn Burkhardt*⁷ y *Rainer Zaczyk*⁸. Hace poco, en el año 2007, *Henning Radtke* atacó el fenómeno bajo el título “Interacción Trastornada”⁹. Incluso *Wolfgang Naucke* en su exposición en la Jornada sobre la Ciencia del Derecho Penal, realizada en 1972 en Kiel, lo formuló de este modo: “La separación entre ciencia y praxis ya es decisiva desde 1850 y de ahí en adelante sólo ha seguido tomando forma sutilmente”.¹⁰

Sin embargo, esta separación no se trata de un fenómeno circunscrito a nuestro tema. Así todos conocen la expresión: “Eso posiblemente sea correcto en la teoría, pero no sirve para la práctica”, que también, como es sabido, Kant usó como título de uno de sus escritos, con el que en 1793 se defendió de los ataques a su filosofía moral¹¹. ¿Estará, entonces, el intento de superar el aquí constatado abismo entra la teoría y la práctica probablemente condenado al fracaso desde un principio? No me parece que así sea. Por eso en mi presentación, luego de un breve inventario (bajo el II), me referiré, primero, a la búsqueda de causas para el aquí constatado déficit de comunicación (bajo el III). Que yo veo estas causas sobre todo como un *crecimiento excesivo de carácter patológico* de la dogmática penal alemana es algo que queda probablemente claro desde el título de este artículo. En virtud de ello, en esta tercera parte, me gustaría exigirlos con un ejemplo concreto de la hipertrofia del Derecho y de la dogmática jurídico penal (bajo el 1). Las causas profundas de esta hipertrofia son, por su parte, todavía desconocidas. De ello me ocuparé, con ustedes, bajo el punto 2. En la cuarta parte (IV) me gustaría, finalmente, describir ciertas vías de aproximación, antes de que, bajo el V, resuma brevemente los resultados.

II. INVENTARIO: ¿ABISMO PROFUNDO, INTERACCIÓN TRASTORNADA O UNA RELACIÓN FRUCTÍFERA ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS?

En su contribución al libro en homenaje a *Tröndle*, *Hirsch* constató que habría pocos Estados en que el contacto profesional entre la ciencia jurídica y la jurisprudencia es tan estrecho como en Alemania¹². También *Schünemann* advierte que una

5 Loos, en: Immenga (coord.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, p. 261 y ss.

6 Hirsch, en: Jescheck/Vogler (coord.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 1989, p. 19 y ss.

7 Burkhardt, en: Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 111 y ss.

8 Zaczyk, en: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (coord.), *Festschrift für Hans Dabs*, 2005, p. 33 y ss.

9 Radtke, *ZStW* 119 (2007), 69.

10 Naucke, *ZStW* 85 (1973), 399 (424).

11 S. Zaczyk (nota al pie 8), p. 33.

12 *Hirsch* (nota al pie 6), p. 19.

agobiante presión controladora (*Kontrolldruck*) como la que enfrentan los tribunales alemanes por parte de la ciencia no tiene parangón en Inglaterra o Francia¹³. Y Radtke finalmente responde negativamente al título –formulado como pregunta– de su ya mencionado trabajo sobre la “interacción trastornada”: su impresión general sería positiva, la armonía predomina y cubre las inevitables alteraciones¹⁴.

No se puede negar que al interior del Tribunal Supremo Alemán (en adelante BGH), en general, se da una discusión de opiniones provenientes de las ciencias jurídico-penal. Y, en la práctica, en otros países la referencia a opiniones científicas son algo realmente poco común¹⁵. Sin embargo, para el Derecho penal alemán y para la ciencia penal alemana la situación es que es evidente que la jurisprudencia *indudablemente* discute y dialoga con la ciencia. Frente a este contexto, es posible constatar una corrosión de la relación entre la ciencia jurídico penal y la práctica que me recuerda la metáfora del “sapo hervido”¹⁶: Si uno coloca un sapo en una olla con agua caliente, el animal intentará inmediatamente saltar fuera de ella. Sin embargo, si uno deja el mismo sapo en agua fría y va subiendo de a poco la temperatura, el animal se dejará cocinar hasta la muerte, sin defenderse en lo absoluto. Este fenómeno me parece que también es correcto para la situación actual de las ciencias jurídico-penales: ¡Nos damos cuenta hace décadas como el agua está cada vez más caliente y, sin embargo, no nos movemos! Burkhardt, en su extraordinariamente “distinto” y crítico artículo sobre “Dogmática jurídico-penal exitosa y sin efectos”, resaltó con exactitud la problemática de las relaciones entre ciencia y praxis y, a partir de ello, llegó a una deprimente conclusión: “El breve listado de razones para esta desagradable situación de la ciencia jurídico-penal, llevan a que la esperanza de una mejora se vaya, más bien, desvaneciendo.”¹⁷

III. DERECHO Y TIEMPO – EN LA BÚSQUEDA DE RAZONES PARA EL DÉFICIT COMUNICATIVO ENTRE CIENCIA Y PRÁCTICA

La fobia al contacto que existe entre la teoría y la praxis tienen distintas razones, que no pueden ser aquí ampliamente abordadas¹⁸. Sin embargo, me gustaría

13 Schünemann, en: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (coord.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 5.

14 Radtke, *ZStW* 119 (2007), 90

15 También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) renuncia a desarrollar referencias, vid., por ejemplo, TEDH NJW 2006, 3117; TEDH NJW 2004, 2209.

16 Un referencia al “principio del sapo hervido” (*boiling frog principle*) puede ser encontrado también en Burkhardt (nota al pie 7), p. 137, notal al pie 90.

17 Burkhardt (nota al pie 7), p. 156.

18 Vid. particularmente en Burkhardt (nota al pie 7), *passim*.

intentar mostrar dos grandes grupos que parecen ser los principales responsables de la precaria relación de la teoría y la práctica. Se trata de la hipertrofia del Derecho (a continuación bajo el número 1) y el *Zeitgeist* o espíritu de los tiempos (bajo el número 2).

1. Sobre la hipertrofia del Derecho

El concepto de hipertrofia es principalmente utilizado en la medicina y en ese contexto describe le crecimiento anormal de un órgano a través del crecimiento de sus células¹⁹. Bajo el concepto de *hipertrofia compensatoria* se entiende una adaptación desmesurada a una saturación patológica²⁰. Me parece que con este par de conceptos²¹ se puede describir perfectamente bien la situación actual de la dogmática alemana: ningún otro sistema jurídico-penal del mundo se configura con una interdependencia de normas, teorías y decisiones judiciales en tal medida compleja y complicada como el alemán. Y tampoco en ningún otro sistema jurídico-penal los académicos del ámbito penal son tan meticulosos para perseguir el continuo refinamiento de teorías que no tienen ninguna relevancia práctica. Es evidente, sin embargo, que esta “especificación”²² –practicada hasta el exceso– de la dogmática no alcanza a una praxis cuyas necesidades se dirigen en un sentido completamente distinto. Por otro lado, este fenómeno tiene un aspecto más actual y urgente: en un mundo europeizado y globalizado, en el que ya existe una búsqueda de una dogmática del Derecho penal internacional y probablemente pronto un concepto jurídico-penal común europeo, no queda espacio para un sistema jurídico tan hipertrofiado²³. Y ninguno de nosotros quiere que el temor de *Burkhardt* se convierta en algún momento en realidad, esto es, que en algunos años, los dogmáticos jurídico-penales estarán empeñados en lograr la mera sobrevivencia de la dogmática penal alemana²⁴.

19 *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch*, 259. ed. 2002, entrada Hypertrophie, p. 753 y s.

20 *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch* (nota al pie 19) entrada Kompensation, p. 885. Igualmente Aktivitätshypertrophie, p. 35.

21 Cabe considerar que la inflación del Derecho penal ha causado también excresencias dogmáticas incluso fuera del sistema original, por lo que también se puede hablar de hiperplasia compensatoria. Vid. *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263). Para una diferenciación en sentido médico, vid. *Psyhyrembel Klinisches Wörterbuch* (nota al pie 19), entrada Hyperplasie, p. 749.

22 *Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 8a ed., 2006, p. 80., con referencia a *Busch*, *Moderne Wandlung der Verbrechenslehre*, 1949.

23 Vid., al respecto, extensamente *Rotsch*, en: *Hattenhauer/Hoyer/Meyer-Pritzl/Schubert* (coord.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, 2008, pp. 711 y ss.

24 *Burkhardt* (nota al pie 7), p. 157.

No me malentiendan: yo no pretendo abogar por una dogmática demasiado *simplificada*. Pero sí quiero enlazar esta presentación con un llamamiento a despedirnos de una dogmática jurídico-penal sobre-complicada y volver a reflexionar sobre un sistema de responsabilidad penal –no demasiado simplificado, sino que suficientemente simple y con la claridad necesaria, así como con la capacidad de estar abierto a hacer concesiones y, a la vez, que permita una discusión de contenidos entre la teoría y la práctica. La famosa oración de Albert Einstein “Cada teoría debiera ser tan simple como sea posible, ¡pero no más simple que eso!”, puede perfectamente invertirse: “Cada teoría científica puede ser tan compleja como sea necesario, ¡pero no más compleja que eso!”.

Me gustaría mostrarles en lo que sigue, de la mano de algunos ejemplos, que la situación actual es completamente distinta a lo propuesto en esta última oración (bajo el literal a). Luego se aventurará una mirada comparativa sobre temas más allá de los límites del Derecho penal (bajo el literal b), antes de que (bajo el número 2) vayamos al segundo grupo de razones que he hecho responsable por el déficit comunicativo entre ciencia y práctica.

a) *Hipertrofia del Derecho penal*

El ya centenario²⁵ déficit comunicativo entre la teoría y la ciencia en el derecho penal continúa profundizándose²⁶. Mientras la ciencia jurídico-penal se pierde en teorías cada vez más refinadas y en discusiones jurídico-teóricas y jurídico-filosóficas, además de intentar “europeizar” e “internacionalizar” sus resultados; el practicante hace el esfuerzo de no ahogarse en un mar de actas y documentos y se alegra si logra que su departamento no se termine por hundir. Es evidente que no tiene a su disposición el tiempo ni los medios para transportar los conocimientos científicos a una sentencia probablemente justa, a una extensa acusación o a un convincente escrito. Por lo demás, frecuentemente no existe en la práctica la necesidad de tal trabajo científico.

En la revista ZIS²⁷ describí la evolución actual como *difuminación de la dogmática jurídico-penal* e intenté analizarla con la ayuda de las conceptualizaciones de la economía. La descripción de las tendencias hacia la difuminación que distinguí como *diferenciación*, *diversificación* y *divisionalización* tienen, a mí entender, varias ventajas: Por un lado, probablemente se pueden aplicar a este asunto los conocimientos de la economía sobre los riesgos que los respectivos ámbitos traen apareja-

25 Vid. nota al pie 1.

26 Vid., junto con los trabajos citados en la notas al pie 1 a 9, Vogel en: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (nota al pie 13), p. 105.

27 Rotsch, ZIS, 2007, 260.

dos²⁸. Por otro lado, esta clasificación podría representar una base para la reflexión sobre el camino para reducir el abismo entre ciencia y práctica. No quiero detallar esto aquí, sino que quiero circunscribirme a hacer una breve presentación de algunos ejemplos actuales de la hipertrofia de la dogmática jurídico-penal.

aa) Un llamativo ejemplo de la tendencia a la difuminación hipertrófica de la dogmática de la parte general del Código Penal Alemán (en adelante StGB) es la discusión sobre del autor mediato en virtud del “dominio de la organización”²⁹. El ejemplo muestra definitivamente que el BGH también sabe tomar parte de la difuminación de la dogmática jurídico-penal. Mientras que Roxin originalmente (1967) quiso penar al comúnmente llamado “autor detrás del escritorio” como autor y creó para ello la, para muchos, iluminadora figura jurídica del dominio de la organización –es autor quien domina de tal manera a los dependientes de un aparato organizado de poder que funciona fuera del Derecho, que el resultado que él desea se alcanzará con seguridad–, el BGH³⁰ 3 décadas después (!) supuestamente³¹ adaptó esta figura jurídica para poder condenar como autores (y no como inductores) a los miembros del “Consejo de Defensa Nacional” (*Nationalen Verteidigungsrates*) de la ex Alemania del Este, en virtud de los disparos hechos desde el muro interno que separaba Alemania. Sin embargo, posteriormente, a través de una inusualmente honesta declaración de *Armin Nack*³², en ese entonces miembro de la 5ª Sección Penal y hoy presidente de la 1ª Cámara Penal del BGH, quedó absolutamente claro que el BGH, a pesar de haber citado reiteradamente a Roxin, tenía en mente, sin embargo, una construcción completamente distinta y mucho más pragmática: El jefe de una empresa debía ser hecho responsable como autor y una autoría semejante –detrás de un autor absolutamente responsable (originalmente los guardias del muro, después los trabajadores o dependientes)– parecía ajustarse bien, al menos en lo básico, a este grupo de casos del llamado “autor detrás del autor”. Sin embargo, la jurisprudencia se ha alejado a todas luces, y de diversas maneras, de la idea de Roxin y ha aplicado tantos parámetros de fundamentación distintos que de manera absolutamente pragmática, en todos aquellos casos en que han considerado que el “hombre de atrás” es el verdadero malhechor, lisa y llanamente lo han condenado como si fuera autor. Roxin, por su parte, ha modificado de tal manera su idea inicial en virtud de las críticas de la literatura, que ya no tiene casi nada que ver con enfoque original en relación a las teorías organizativas. La discusión científica sobre este tema, que naturalmente ha seguido adelante y a la que admito haber contribuido,

28 En extenso, *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (264)

29 *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263)

30 BGHSt 40, 218.

31 Ya tratado hace poco en *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (262)

32 *Nack*, GA 2006, 342.

es desde un punto de vista práctico tanto más incomprensible, considerando que el marco sancionatorio del autor y el inductor es idéntico. ¡Simplemente vea la ley!*

Eso es hipertrofia del Derecho penal.

bb) En una de las más discutidas sentencias del BGH, la 5ª [quinta] Sala Penal en el caso del árbitro de fútbol Robert Hoyzer creo un nuevo concepto de perjuicio con los llamados “perjuicios de cuota” (*Quotenschaden*). Este no es el lugar para explicar por qué semejante construcción es completamente innecesaria. En nuestro contexto nos interesa la potencia de la sentencia para la difuminación del derecho penal: hasta ahora, tanto la doctrina mayoritaria como el BGH asumen que hay una estafa consumada en –solamente, pero al menos– en dos casos: El delito de resultado que constituye la estafa está de todas maneras y obviamente consumado cuando el daño al patrimonio como perjuicio para la víctima realmente ha sucedido y, además, la víctima no ha recibido por la entrega de un objeto patrimonial la correspondiente contraprestación. En este caso se trata al mismo tiempo de un delito de resultado y de lesión, ya que con la producción del resultado típico se lesiona el bien jurídico protegido por el tipo penal, que es el patrimonio. Hay casos en los que existe un llamado “perjuicio de peligro”³³, en que las prestaciones a cuyo cumplimiento se han obligado las partes del contrato –por ejemplo, en la suscripción de un contrato de compraventa– no han sido todavía cumplidas³⁴, pero el patrimonio de la víctima está tan fuertemente amenazado por el compromiso a realizar obligaciones contractuales, que, en la práctica, ya está perdido³⁵. Dogmáticamente se presupone que sea seguro que el peligro se vaya a concretar, con lo que la estafa se mantiene como delito de resultado, pero se convierte en un delito de peligro concreto. Este adelantamiento de la punibilidad es aceptado por la doctrina mayoritaria.

Con la situación en sí misma ya suficientemente compleja –seguramente cada estudiante de Derecho que prepara el examen estatal tiene un par de cosas que decir al respecto–, el BGH, con su aceptación del perjuicio de cuota mediante la supuesta creación de una tercera categoría de perjuicio, generó definitivamente una difuminación de la dogmática jurídico-penal, a través de una diversificación innecesaria. En ella el tribunal, a pesar de su nuevo criterio del perjuicio de cuota, abiertamente

* § 26 StGB: “Como inductor se castigado igual que el autor, que dolosamente ha determinado a otro a la realización dolosa de un hecho antijurídico.” (*nota del traductor*).

33 La expresión “peligro patrimonial similar al daño” es incorrecta, vid. *Rotsch, ZStW 117* (2005), 577 (584 y ss.).

34 En la práctica es suficiente que al menos una de las prestaciones no haya sido todavía cumplida. Correctamente *Krack, ZIS 2007*, 103 (109 y ss.).

35 En este sentido, el BGH hace poco en *NJW 2007*, 782 (786), con reparos sobre BGHSt 34, 294; BGH NStZ 2004, 264; BGHSt 21, 112.

se basa en una *estafa de suscripción de contrato (Eingehungsbetrug)*³⁶, tergiversándose la relación entre estafa de suscripción de contrato y *estafa de cumplimiento de contrato (Erfüllungsbetrug)*: mientras que hasta ahora sólo era posible recurrir a la estafa de suscripción de contrato cuando no se llegaba a un efectivo intercambio de prestaciones, el perjuicio de cuotas ya no permite ser construido –contrario a lo que pretendía el BGH³⁷– como una “fase de transición” hacia daño en el cumplimiento del contrato. Entonces, si el perjuicio de cuota se encuentra en la modificación de las probabilidades de ganar –así lo cree el BGH³⁸–, estas probabilidades o ya cambiaron al momento de la suscripción del contrato o no han cambiado. Si uno reconoce la existencia de dicha modificación, esta no se puede “profundizar” con el pago de los dividendos en caso de ganar³⁹. Si, sin embargo, el perjuicio al momento de la celebración del contrato y el perjuicio al momento del cumplimiento del mismo son equivalentes, el perjuicio de cumplimiento no puede tener ya ninguna función. El tipo de estafa ha mutado en un mero delito de peligro concreto.

Esa es la hipertrofia del Derecho penal.

cc) En el caso “*Kanther*”⁴⁰, decidido poco antes del caso “*Hoyzer*”⁴¹, el BGH consigue escapar –algo considerado abiertamente como necesario– del reconocimiento de la responsabilidad jurídico-penal del acusado mediante una modificación del tipo subjetivo, que definitivamente debe ser considerada. La objeción del ex ministro del interior Kanther, consistente en que él no pretendía perjudicar al partido, sino que, por el contrario, protegerlo, es manejada por el BGH, a pesar de la exigencia dogmática y de que el tipo objetivo supone la mera asunción de un peligro patrimonial, estableciendo la exigencia de un dolo “definitivamente” dirigido a generar el perjuicio. Cuando la 2ª Sala no desea conformarse con un dolo de peligro, se empeña en limitar el alcance del tipo de administración desleal (*Untrueue*), algo que es en principio y a grandes rasgos digno de reconocimiento. Esto se logra, sin embargo, sólo a través de generar una incongruencia entre el tipo objetivo y subjetivo, algo que es advertido por los jueces, pero tenido por irrelevan-

36 Vid. BGH *NJW* 2007, 782 (785).

37 BGH *NJW* 2007, 782 (786).

38 BGH *NJW* 2007, 782 (785).

39 En este sentido el BGH *NJW* 2007, 782 (786), que, sin embargo, al mismo tiempo no se refiere a ello con claridad: el perjuicio de cuota representarían “una considerable parte de los perjuicios proyectados con seguridad por el corredor de apuestas”.

40 BGH *wistra* 2007, 136.

41 El caso “*Hoyzer*” fue decidido el 15.12.2006 (5 StR 181/06), mientras que el caso “*Kanther*”, que sorprendentemente ha generado menos atención hasta ahora, es de 18.10.2006 (2 StR 499/05; vid. *Ransiek*, *NJW* 2007, 1727).

te⁴². Independiente de si esta manera de proceder es dogmáticamente convincente, es una nueva prueba, al mismo tiempo, de la difuminación de la administración desleal y la dogmática del dolo.

Eso es hipertrofia del Derecho penal.

dd) Según el § 2 [parágrafo dos] del Código Procesal Penal Alemán (en adelante StPO), casos penales que estén interrelacionados pueden ser “reunidos” por razones de economía procesal⁴³. La interrelación que establece el § 2 StPO como presupuesto está regulada en el § 3 [parágrafo 3] StPO. Una, así llamada, “interrelación fáctica” se da, según el § 3 StPO, segunda hipótesis, cuando, entre otros casos, varias personas son imputados como autores o cómplices de un hecho. La opinión hasta ahora unánime⁴⁴ acepta que el concepto de autor está en sentido jurídico-material y que, por el contrario, se tiene que entender cómplice en el sentido de un concepto independiente jurídico-procesal⁴⁵. No pretendemos aquí discutir sobre el contenido de este asunto⁴⁶, sino que nos contentamos con visualizar una nueva tendencia a la difuminación.

Eso es hipertrofia del Derecho penal.

ee) Mientras que nosotros le inculcamos a nuestros alumnos durante el primer semestre de sus estudios que sólo habría un desistimiento de delitos en grado de tentativa y que la acreditación de un desistimiento en un delito consumado representa un error tan grave como como la construcción incorrecta de la tentativa, debemos también aclararles a quienes están prontos a dar el examen estatal que el impulso normativo del legislador moderno, por ejemplo, en Derecho penal económico, lleva a que en la práctica también nos sea conocido el desistimiento de un delito *culposo* (!) *consumado* (!) (Corresponde revisar el § 330b [parágrafo trescientos treinta b] inciso 1° [primero] en relación el § 330a [trescientos treinta a] inciso 5° [quinto] del StGB).

Eso es hipertrofia del Derecho.

ff) Hay un desarrollo dogmático que me parece particularmente fatal. En la práctica ya no es posible hablar del “Derecho penal” como una rama del Derecho

42 BGH *wistra* 2007, 136 (142).

43 Vid. *Rotsch*, en: Krekeler/Löffelmann (coord.), *Anwaltkommentar zur StPO*, 2007, § 2 número marginal 1 y ss.

44 Una visión contraria ahora en *Rotsch/Sahan*, *ZIS* 2007, 142.

45 Wendisch, en: *Rieß* (coord.), Löwe/Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25a ed., 1999, § 3 número marginal 6; *Pfeiffer*, en: el mismo. (coord.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 5a ed. 2003, § 3 número marginal 3; *Lemke*, en: *Lemke et al* (coord.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3a ed. 2001, § 3 número marginal 4.

46 En extenso, *Rotsch/Sahan*, *ZIS* 2007, 142.

unida y homogénea. Hace ya tiempo que se produjo una suerte de desintegración en distintas divisiones que se pueden caracterizar a través de una dialéctica particular. Posiblemente el mejor ejemplo de nuestro tiempo es la bien aspectada discusión introducida principalmente por *Jakobs* entre los dos conceptos jurídicos contrapuestos de Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo⁴⁷. Es posible nombrar también otros contrastes sin mayor dificultad. Así, hace ya algunos años que hablamos de Derecho penal “moderno” que manifestamente se separa del, hasta ahora no descrito como “arcaico”, sino que como “tradicional” (que debiera significar: basado en el imperio del Derecho y liberal⁴⁸). El Derecho penal preventivo (en oposición al Derecho penal represivo) se puede concretizar como un particular desarrollo del Derecho penal moderno; quien comparte la impresión aquí expresada de la existencia de un abismo entre ciencia y jurisprudencia, seguramente destacará la discrepancia entre derecho penal “teórico” y “práctico”. Nosotros hablamos de Derecho penal nuclear y Derecho penal periférico y tampoco nos es desconocida la dicotomía entre Derecho penal de las clases altas y de las clases bajas. En el futuro, el par de conceptos más decisivos serán, posiblemente los de Derecho penal nacional e internacional (también europeo).

¿No es evidente que a un Derecho penal en tal medida difuso no le será accesible la construcción de conceptos y que será disgregado, inabarcable y –principalmente para la *praxis*– poco creíble?

Eso es hipertrofia del derecho penal.

b) La hipertrofia del Derecho

Este fenómeno no se limita al ámbito del Derecho penal. Permítanme dar un breve vistazo, dentro de lo que me es posible, al Derecho constitucional.

Bernhard Schlink tituló su artículo publicado en febrero del año 2007 en el *Juristenzeitung* como “Despedida a la dogmática. Jurisprudencia constitucional y ciencia jurídico-constitucional en transformación”⁴⁹. En dicho artículo *Schlink* se da el trabajo de mostrar la vinculación de las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán (en adelante indistintamente BVerfG) con sus propias decisiones previas. Una abierta y creciente difuminación también en derecho constitucional lleva a

47 Vid. ya *Rotsch*, *ZIS* 2007, 265, con más elementos en la nota al pie 53.

48 Esto permite, sin embargo, una deducción sobre el significado del término “moderno”. Esta evolución tiene obviamente su origen en un cambio del clima político-criminal –incluso cuando dicho cambio, al menos en Alemania, no suele ser verbalizado por la ciencia–. Una excepción es *Sack*, en: *Obergfell-Fuchs/Brandenstein* (Hrsg.), *Nationale und internationale Entwicklungen in der Kriminologie: Festschrift für Helmut Kury zum 65. Geburtstag*, 2006, p. 35.

49 *Schlink*, *JZ* 2007, 157.

una al aumento de la auto enmienda de sus decisiones, esto es, la modificación de decisiones jurídico-constitucionales previas, a través de nuevas sentencias del propio BVerfG. “Luego de que el BVerfG primero notara las similitudes entre los parlamentarios y los funcionarios públicos (BVerfGE 40, 296, 311 y ss.), viéndolo más de cerca, no obstante, descubre las diferencias existentes (BVerfGE 76, 256, 341 y ss.); luego de que el BVerfG fuera reiteradamente criticado por no haber liberado de impuestos al monto mínimo para la supervivencia familiar (BVerfGE 43, 108, 121 y ss.), se hartó de las críticas y cambió de opinión (BVerfGE 82, 60, 85 y s.); luego de que el BVerfG insistiera en que la protección jurídico-penal de la vida del que está por nacer ha perdido su relevancia social y política (BVerfGE 39, 1, 45 y ss.), el BVerfG prefirió no insistir más (BVerfGE 88, 203, 264); luego de negarse a ver que bajo su concepto amplio de reunión (BVerfGE 69, 315, 343) también cabían como objetos protegidos por él el Derecho constitucional de libertad de reunión los eventos de diversión, entretenimiento y promoción, optó por cambiarse a un nuevo y más estrecho concepto de reunión (BVerfGE 104, 92, 104); y para la apreciación constitucional del financiamiento de partidos se muestra completamente desorientado y vacilante (BVerfGE 8, 51, 63; 20, 56, 97; 73, 40, 84 y ss.; 85, 264, 285 y ss.), tal como variadas son las posibles soluciones del problema.”⁵⁰ Estas correcciones llevan a una pérdida del valor vinculante de la jurisprudencia: No sólo el Tribunal Constitucional Alemán no se ve vinculado por su propia jurisprudencia, sino que también de manera cada vez más frecuente, los tribunales, en general, se niegan a seguir la jurisprudencia de los tribunales superiores⁵¹.

La “des-dogmatización” que trae aparejada esta jurisprudencia lleva a una des-racionalización del proceso judicial de toma de decisiones. Esto provoca la sobre-especialización de algunos y la impotencia de muchos. Lo que se oculta bajo el manto de la dogmática científica, lleva en la práctica a la hipertrofia de la dogmática constitucional.

Eso es la hipertrofia del Derecho.

Me doy por satisfecho con este breve paseo por territorio ajeno. Cada uno de los juristas y practicantes presentes podría preguntarse si en su área no es posible observar tendencias similares. En virtud de consideraciones hasta ahora meramente superficiales, me parece que hay una evolución equivalente en otras áreas –por ejemplo, en propiedad intelectual, Derecho tributario y Derecho internacional privado–.

Antes de poder buscar posibles caminos de solución, corresponde preguntarse por las causas profundas de la situación actual de nuestro sistema jurídico:

50 Schlink, *JZ* 2007, 157 (159).

51 Schlink, *JZ* 2007, 157 (158).

2. Sobre el espíritu de los tiempos

No corresponde que discutamos hoy día sobre la unidad entre teoría y práctica –como, por ejemplo, *Binding*⁵² y los autores del S. XIX con él, creían que debía ser–, ya que ella no existe, no se puede crear y que ni siquiera vale la pena hacerlo⁵³. Ambas tareas y condiciones de trabajo son demasiado distintas⁵⁴. La jurisprudencia, como parte del aparato social de poder, debe preocuparse de tomar una decisión justa en el caso particular. Ella se encuentra especialmente obligada a generar seguridad jurídica. La jurisprudencia no sale a buscar los problemas que debe resolver, sino que se le presentan. Se encuentra bajo la presión de tener la obligación de resolver el asunto y, además, hacerlo en un espacio limitado de tiempo⁵⁵. Por el contrario, la ciencia es libre. Ella misma selecciona sus objetos de investigación, se involucra con ese objeto por su originalidad y se involucra con él por tanto tiempo y con tanta intensidad como desee. Su asunto es la perfección del sistema jurídico⁵⁶. Es otra historia si mientras se hace eso hay espacio para intereses profesionales o manipulativos⁵⁷. La ciencia lo sabe todo, pero no más que eso⁵⁸.

a) *El espíritu de la práctica*

La escasez de tiempo y recursos de quienes practican el Derecho son ampliamente lamentados, queja que no corresponder repetir aquí. Permítaseme sólo mencionar un ejemplo de la *praxis* de la jurisprudencia penal, la cual también ha generado gran controversia y ha sido discutido intensamente por el público no jurídico. Se trata del –ahora terminado– caso “Mannesmann”. Como es sabido, el Tribunal Regional de Düsseldorf sobreyó el caso a través de un acuerdo entre las partes del proceso en virtud del § 153a [parágrafo ciento cincuenta y tres a] inciso 2° [segundo] en relación al inciso 1° [inciso primero] del Código Procesal Penal Alemán (en adelante StPO)⁵⁹. En el caso del más conocido de los acusados, el portavoz de la junta directiva del Deutsche Bank, el Dr. Ackermann –con un ingreso anual de entre 15 [quince] y 20 [veinte] millones de euros (no fue capaz de nombrar la cifra exacta) –, el sobreseimiento se vinculó a la condición del pago

52 *Binding*, *ZStW* 1 (1881), 4 (29).

53 En el mismo sentido, *Erb*, *ZStW* 113 (2001), 18.

54 *Burkhardt* (nota al pie 7), p. 116, con mayor desarrollo en notas al pie 19-21.

55 La muy criticada presión del tiempo en que las sentencias deben ser entregadas, tiene, sin embargo, la importancia de servir al interés del imputado. Vid., por ejemplo, *Radtke*, *ZStW* 119 (2007), 83.

56 *Röhricht*, *ZGR* 1999, 445 (463).

57 *Mertens*, *ZGR*, 1998, 386.

58 *Paul Montel*.

59 Vid. el comunicado de prensa N° 09/2006; N° 01/2007; www.lg-duesseldorf.nrw.de.

3,2 [tres coma dos] millones de euros, que él entretanto pagó. Por supuesto, este no es lugar para pronunciarse sobre la procedencia y necesidad de los acuerdos procesales. Sin embargo, el caso nos muestra con sorprendente claridad a dónde lleva la tensa relación de la hipertrofia de la ciencia jurídico-penal, por un lado, y, si se quiere, la atrofia de la práctica jurídico-penal, por otro lado: Desde el punto de vista dogmático, este caso se trata de los problemas más complejos del tipo penal de administración desleal y problemas complejos sobre el error y sobre la formas de participación criminal⁶⁰. El BGH⁶¹ tomó posición de manera muy clara sobre estos asuntos en su sentencia de revisión y le indicó al Tribunal Regional, sin duda alguna, su opinión jurídica (punibilidad en virtud de administración desleal). El Tribunal Regional no controvertió esto. Se considera que el interés público en la persecución penal desaparece con la imposición del pago de dinero. ¡Incluso se sostiene que a través de la sentencia del BGH se aclaran importantes preguntas jurídicas que exceden lo acaecido en el caso concreto! El Tribunal Regional asume –tal como el BGH– la existencia de una conducta punible merecedora de pena, sin embargo, asumen al mismo tiempo que la culpabilidad es tan escasa, que ella –como lo formula el § 153a [ciento cincuenta y tres a] inciso 1° [primero] StPO– no se opone al sobreseimiento. Parece comprensible que esta posición no logre ser completamente convincente, a la vista del interés público involucrado y del inmenso perjuicio de 57 [cincuenta y siete] millones de euros que se produjo. Y cuando el Tribunal Regional de manera conciliatoria sostiene que el sobreseimiento del procedimiento no le resta importancia a la sentencia del BGH, parece no comprender la terrible impresión que deja no sólo en el grueso de la opinión pública⁶², sino que también en las ciencias jurídico-penales. En su reciente contribución publicada en ZIS 12/2007, *Frank Saliger* y *Stefan Sinner* distinguen adecuadamente la dicotomía entre “derecho abstracto” y “voluntad concreta”⁶³: El interés por la aclaración de preguntas jurídicas abstractas y fundamentales se declara satisfecho sin vacilaciones, la voluntad concreta de los partícipes en el sentido de terminar el proceso se considera prioritario. Una desconexión semejante con la jurisprudencia del tribunal supremo no nos es desconocida: Ya la hemos visto cuando nos hemos referido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Es evidente que esta cultura de creación jurídica es vista con la mayor preocupación por la ciencia jurídico-penal. Puede ser que desde un punto de vista práctico y pragmático la decisión sobre el

60 Vid., recientemente, *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 (477)

61 BGH NJW 2006, 522 con comentario de *Hobm*, wistra 2006, 161; *Ransiek*, NJW 2006, 814; *Rönau*, NStZ 2006, 218; *Schünemann*, NStZ 2006, 196.

62 Vid. la revisión de la información publicada por los medios de comunicación que hacen *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 nota al pie 1.

63 *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 (479, 481).

sobreseimiento de Tribunal Regional de Düsseldorf esté justificada, pero desde un punto de vista dogmático es una catástrofe.

b) *El espíritu de la ciencia*

Por supuesto, la praxis no es la única culpable de esta evolución. Dado que las ciencias jurídico-penales logran cada vez menos hacer que sus conocimientos trasapables a la práctica de manera comprensible y utilizable, han ido perdiendo su más noble objetivo, se mantienen “ajenas al mundo y a la vida” y “no pueden ser una teoría del Derecho”⁶⁴. Así contribuyen con su parte a la situación actual del sistema penal⁶⁵.

Las causas profundas de este fenómeno son de los más variadas, todas tiene que ver con la situación actual de las ciencias humanas; la manera cómo se puede hacer carrera al interior de las instituciones de educación superior; un inmenso flujo de publicaciones que nos inunda, causado por la presión a los jóvenes académicos por publicar cada vez más y con mayor originalidad; con un aumento constante de los conocimientos, que –no sólo para los estudiantes– cada vez es menos posible de dominar. *Burkhardt* lo formuló de manera exacta: “A los problemas con los que se encuentra la nueva generación de dogmáticos pertenecen las propuestas de solución de las antiguas generaciones”⁶⁶.

De esto se sigue un alto grado de inseguridad de la ciencia. La inseguridad jurídica no es sólo el resultado de jurisprudencia contradictoria, sino que tiene como punto de partida en gran medida unas teorías científicas de contornos finamente dibujados, altamente controvertidas y sólo posibles de diferenciar por especialistas. Todos muestran un interés en los conocimientos científicos, pero es imposible formarse cualquier tipo de idea acabada, lo que da como resultado la consiguiente pérdida de seguridad. Diciéndolo en palabras de *Arzt*: La diversidad se convierte en el daño primario⁶⁷. Eso permite que aparezca comprensible cuando, por ejemplo, el BGH no se deja impresionar demasiado por la discusión jurídico penal y encuentra su propio *Derecho*.

Los esfuerzos de la ciencia jurídico-penal son cuestionables, si se considera que desde hace tiempo que está comprobado que asumir una teoría de las ciencias jurídico-penales, cuando ella es especialmente convincente desde un punto de vista

64 *Zaczyk* (nota al pie 8), p. 41.

65 Sin embargo, la sentencia de revisión del BGS en el caso Mannesmann haia una declaración absolutamente clara sobre la aplicación del Derecho; sobre esto advierten correctamente Saliger/Sinner, *ZIS 2007*, 476 (481).

66 *Burkhardt* (nota al pie 7), p. 148.

67 *Arzt*, en: Donrseifer *et al* (coord.) *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 839 (867 y ss., 873).

dogmático, no logra nada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que simplemente cuando se dirige a una necesidad político-criminal existente. Recordemos por un momento la recepción que hace el BGH de la figura jurídica de Roxin del dominio de la organización, de la que ya hemos hablado aquí.

En el ya referido Derecho penal “moderno” la discusión científica se ve caracterizada por otro fenómeno. Cuando en gran medida ya no se trata de la reacción respecto del pasado, sino de configurar el futuro⁶⁸, el Derecho degenera en un instrumento de control y manejo de riesgos y nos vemos confrontados con la dificultad de que debemos resolver problemas cada vez más complejos en plazos cada vez más breves. Esto tiene repercusiones inmediatas en la calidad de una ciencia que ya no encuentra el tiempo para asegurarse a sí misma.

Esta evolución tiene, sin embargo una consecuencia preocupante, pero contradictoria: Es claro que especialmente las editoriales científicas consideran cada vez más que las ciencias jurídicas (y penales) sólo pueden ofrecerse en forma simplificada. Mientras que libros magistralmente redactados —como la propia parte General del Derecho Penal de *Roxin*— han llegado a venderse más en el extranjero que en Alemania, uno se encuentra con grandes ventas de sucintas obras colectivas tituladas como “Breve Introducción al Examen de Grado”. Hacerle un reproche a las editoriales sería absurdo; son empresas privadas que deben conseguir maximizar sus utilidades para las que el éxito de ventas de sus libros ocupa, obviamente, la primera posición en su plan de negocios.

c) *El espíritu del tiempo*

Todos nosotros somos un reflejo del espíritu de nuestro tiempo o *Zeitgeist*⁶⁹. Este enunciado es trivial y, sin embargo, cierto. Muchos le atribuyen —equivocadamente— a *Johann Gottfried Herder* la idea, proveniente, en realidad, de una obra redactada en 1760 por el filólogo *Christian Adolf Klotz*, de determinar las particularidades de una época determinada con la ayuda del traslape de instrumental y criterios de medición de distintos tiempos⁷⁰. El concepto alemán “*Zeitgeist*”, proveniente de una traducción del latín, ha sido adoptado como concepto idiomático global, utilizándose incluso en el inglés (y en español). Este “espíritu de los tiempos”⁷¹ es tentador: Este concepto, anónimo, sin imágenes⁷² y nebuloso, nos entrega falsa justificación para la facilidad que tenemos para sentirnos cómodos conformándonos

68 *Hassemer, Produktverantwortung in modernen Strafrecht*, 1994, p. 9 y ss.

69 *Hiery*, para una introducción: *Der Historiker und der Zeitgeist*, abrufbar unter www.uni-bayreuth.de/departments/neueste/ZeitgeistEinleitung.htm.

70 *Hiery* (nota al pie 69)

71 Vid. *Goethe, Fausto*, primer aparte, noche.

72 *Konersmann*, en: *unizeit* v. 8.01.2005, p. 2.

con las circunstancias de nuestro tiempo. Uno se sirve de un concepto fantasma para ahuyentar el fantasma del desamparo. A pesar de ello, a veces nos permite una iluminadora mirada al clima intelectual y cultural de nuestra época.

Un ejemplo actual: Desde hace años, incluso en los llamados “medios de comunicación serios”, se puede observar un retorno a la superficialidad. Hoy día incluso el honorable FAZ⁷³ ha roto su dogma y nos presenta junto con sus titulares una foto en colores, lo cual se intentó justificar por la redacción señalando que una homogeneidad sería castigada por la distorsionada realidad del día a día. Sea cuál sea la opinión que uno tenga de esta banalización de la presentación del periódico: la nueva diagramación implica necesariamente que un tercio del texto que hasta ahora había en la primera página desaparece. El lector moderno, eufemísticamente llamado “lector rápido”, es degradado a la calidad de lector discapacitado. En un mundo digitalizado, en el que ya no existen las distancias, no sólo la difusión, sino que la presentación y recepción de noticias se han acelerado y reducido de tal manera que los antiguos siervos de la fidelidad a su medio tradicional se han convertido en siervos del tiempo⁷⁴. Por ejemplo, la supuesta bendición del moderno tráfico de correos electrónicos se ha convertido para muchos en una maldición y no pocos desearían volver a tiempos pasados menos frenéticos.

La universidad, sin embargo, ha sido desde siempre el lugar más destacable donde a esa tendencia de “renunciar al pensamiento”⁷⁵ se le opone el gusto por la reflexión. Con esto, intento ahora referirme al acercamiento entre ciencia y praxis.

IV. ALEGATO EN FAVOR DE UN ACERCAMIENTO ENTRE LA CIENCIA Y LA PRAXIS

¿Cómo puede congeniarse la descripción aquí sostenida de la hipertrofia del Derecho, la exigencia de la vuelta a un sistema jurídico “simplificado” y al mismo tiempo la apelación por una reflexión más profunda?

El intento por llevar a cabo la liberación del Derecho de su carga de hipertrofia no debe malentenderse como un intento de minimización del problema⁷⁶. Por el contrario: la universidad puede y debe ser un lugar para la resolución de problemas profundos y científicos. El arte de la docencia no está en la minimización de asuntos jurídicos complejos, sino que en la reducción a estructuras fundamentales básicas

73 Se refiere al periódico de corte conservador “Frankfurter Allgemeine Zeitung”, de circulación nacional en Alemania. Hoy en día cuenta, además, con un sitio de internet y una versión de papel digital para iPad. (*nota del traductor*)

74 *Hiery* (nota al pie 69)

75 *Zaczyk* (nota al pie 8) p. 41.

76 Ver *Erb*, *ZStW* 113 (2001), 18, quien considera imposible una autorreducción de la ciencia.

y la facilitación de su aprendizaje, sin simplificaciones inoportunas. Para ello, no debe perderse de vista la utilidad práctica de la educación. Está en nuestras manos hacer de los jóvenes estudiantes de nuestras facultades juristas críticos y reflexivos; que no degeneren en autómatas de la subsunción, en el sentido de *Montesquieu*, sino que desarrollen una comprensión del sistema jurídico y competencias sociales. Esto requiere tiempo y exige un método de facilitación del Derecho que debe diferenciarse de los “repetidores”⁷⁷ comerciales. No debemos subestimar al estudiante de Derecho de hoy, pero tampoco debemos dejar que se ahoguen en un flujo de conocimientos sin relevancia práctica y sólo importante al interior de la academia. Está en nosotros preocuparnos de que un buen candidato al examen estatal también pueda ser, en el mejor sentido de la palabra, un buen practicante de la profesión.

La Universidad de Augsburg, me parece, ya ha encauzado correctamente, y de diversas formas, la educación para futuras generaciones de juristas. Así, el estudiantado está incluido desde hace algún tiempo en el proceso de nombramiento de profesores, por ejemplo, mediante la consideración de evaluaciones estudiantiles. En Augsburg existe un “*Examinatorium sin Rep*”, que representa una alternativa de primera clase a los repetidores comerciales y que ha servido como ejemplo para otras universidades bávaras. No es necesario referirse al equipamiento de la universidad, incluso cuando estudiantes que no han conocido otras universidades todavía no han aprendido a apreciarlo.

Tengamos mayor confianza en nuestros estudiantes: con clases interesantes se puede superar el prejuicio de que los en las mañanas de los lunes todavía no están realmente presentes y que al mediodía de los viernes ya no es posible encontrarlos en la universidad.; un prejuicio que también existe respecto de los profesores. No pocos estudiantes agradecen cuando se les hacen recomendaciones de lecturas fuera de los insípidos manuales del *Repetitorium*⁷⁸, la popularidad de los libros delgados se produce no pocas veces simplemente, porque nadie les ha hablado de la literatura más sofisticada y en el tumulto de ofertas se aferran a aquellas más baratas. Y definitivamente no se le debe aconsejar a cada mente filosófica entre los estudiantes que dejan atrás los estudios de Derechos lo más rápido que puedan en los ocho semestres supuestamente presupuestados.

En virtud de que una clase inaugural debe servir también para esbozar el trabajo actual y futuro del ponente, permítaseme presentar algunas modestas propuestas para superar el déficit descrito en el ámbito del Derecho penal, que ya está en movimiento, en parte gracias a la valiosa ayuda de muchos colegas.

77 Un *Repetitor* es un tutor, normalmente pagado, que prepara a los estudiantes en las habilidades y conocimientos para superar los exámenes estatales. Similar, en Chile, a los llamados “interrogadores” para el examen de grado. (*nota del traductor*).

78 Época de estudio para el examen estatal (*nota del traductor*).

Hace ya dos años fundamos la publicación on-line ZIS –Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik⁷⁹–. Se ha definido como su meta –si se quiere, contrario al *Zeitgeist*– darle nuevamente espacio a las ideas científicas más profundas. En contra de los medios impresos tradicionales, tiene la ventaja de no sucumbir a ningún tipo de límite de espacio. También se suprime la tradicional y poco atractiva –para el autor y el lector– espera de meses para la publicación. Luego de la excelente recepción tanto en el mundo científico como en la praxis, se logró, bajo la dirección del renombrado profesor de Derecho penal internacional *Kai Ambos*, poner en funcionamiento un Consejo de Redacción Internacional, responsable por la buscar y evaluar contribuciones extranjeras. A dicho consejo pertenecen más de 25 renombrados profesores de todo el mundo.

El éxito de dicha revista nos ha alentado, a partir del 1° de febrero de 2008, a iniciar la publicación de otra revista on-line igualmente gratuita pensada en los estudios de Derecho. Desde el principio de dicho año que están disponibles para todas las ramas del Derecho relevantes para el examen la amplia Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)⁸⁰, con una periodicidad bimensual.

Matthias Jahn y *Armin Nack* han producido con el Karlsruher Strafrechtsdialog [Diálogo Jurídico-Penal de Karlsruhe], organizado por primera vez el año pasado, una valiosa contribución al acercamiento entre científicos del Derecho penal y jueces del BGH. De este congreso se llegó a la idea de que este acercamiento debiera ser también algo práctico. Desde entonces, junto con algunos jóvenes colegas penalistas, *Armin Nack* y seis jueces penales del BGH, hemos fundado el Arbeitsgruppe Wissenschaft und Praxis (WuP)⁸¹ o Grupo de Trabajo de la Ciencia y la Práctica. Dicho grupo representa el intento de hacer participar a la ciencia del Derecho penal en la creación jurídica del Tribunal Supremo en materia penal *antes* de la dictación de los fallos. Por ellos se han puesto en la página principal de la ZIS la descripción de problemas jurídicos en asuntos que conocerá el BGH; cada científico tiene así la oportunidad para, de antemano, tomar una posición desde un punto de vista científico sobre un problema de importancia práctica y relevante para una sentencia⁸².

Y, por supuesto, nos corresponde traer conocimientos prácticos a la universidad. En Augsburg ya se han conseguido varios académicos de Derecho penal extranjeros para dar conferencias –el 5.11.2007, por ejemplo, habló, por iniciativa de *Henning Rosenau* el Profesor *Taguchi* de Tokio sobre “Prozessgegenstand in japanischen Strafprozessrecht” [Objeto del proceso en el Derecho procesal pe-

79 Aparece mensualmente a mediados de mes y está disponible en www.zis-online.com.

80 Disponinle en www.zjs-online.com.

81 Grupo de trabajo ciencia y praxis (*nota del traductor*).

82 La primera contribución de *Gössel* se encuentra en *ZIS 2007*, 557.

nal japonés]⁸³; *Claus Roxin* ya nos habló sobre proceso penal, *Kristian Köhl* se ha comprometido a una conferencia sobre Derecho penal material y para el semestre de verano hemos planeado un evento conjunto con *Armin Nack*, en el cual intentaremos iluminar la figura jurídica del autor mediato en virtud de dominio de la organización desde un punto de vista teórico y práctico.

V. CONCLUSIÓN

No sólo el Derecho penal se caracteriza por una creciente difuminación de la dogmática que lleva a una hipertrofia del Derecho. Esta hipertrofia diluye la sistematización de los conceptos de la ciencia jurídica alemana; representando, por último, una causa esencial para un creciente distanciamiento entre ciencia y praxis. Quien quiera reducir dicho distanciamiento deberá preocuparse de dos cosas: Deberá preocuparse en la enseñanza de que la *ciencia* deba presentarse a los estudiantes con vista a su necesidad práctica y debe aprovechar y ampliar las posibilidades que se le ofrecen para intensificar en contacto con la *praxis*.

83 Aparecido en *ZIS* 2/2008.

