

MG A 47
MONOGRAFÍAS AD HOC

▷ **DERECHO PENAL**

* Traducción del alemán por Gustavo E. Cote Barco, LL.M. y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). *Nota del traductor:* Las citas textuales en alemán han sido traducidas al español y su versión original se encuentra entre corchetes; por el contrario, las citas textuales en inglés no han sido traducidas debido a razones de espacio. Versión original publicada en la obra homenaje al profesor Joachim Vogel: "Die Verfassung moderner Strafrechtspflege", en Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (eds.): *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, Nomos, Baden Baden, 2015. El adjetivo "selbstbewusst" puede ser traducido al español de una manera más literal como "autoconsciente" o "seguro de sí mismo". Sin embargo, la expresión "presuntuoso" refleja mejor la actitud negativa que en ocasiones se asume en Alemania frente a corrientes e influencias extranjeras, lo cual es justamente lo que el autor quiere cuestionar.

Kai Ambos

**Sobre el futuro
de la ciencia
jurídico-penal alemana**

*Apertura y método discursivo
en lugar de provincianismo presuntuoso*

Prólogo y epílogo de Daniel R. Pastor

Traducción de Gustavo E. Cote Barco


AD·HOC

Primera edición
JUNIO 2016

AMBOS, KAI

Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso / Kai Ambos; prólogo de Daniel R. Pastor.
1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
90 p.; 18x12 cm. (Monografías. Derecho penal; 47)

Traducción de Gustavo E. Cote Barco.
ISBN 978-987-745-052-1

1. Derecho penal. I. Pastor, Daniel R., prolog. II. Cote Barco, Gustavo E., trad. III. Título.

CDD 345

DIRECCIÓN EDITORIAL
DR. RUBÉN O. VILLELA

© AD-HOC SRL
Viamonte 1450 · C1055ABB · Buenos Aires · Argentina
Tel./Fax (54 11) 4371 0778/6635 · 4372 6401
info@editorialadhoc.com
www.editorialadhoc.com
www.facebook.com/editorialadhoc

Impreso en la Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
Prohibida su reproducción total o parcial

Esta edición se terminó de imprimir en junio de 2016 en Bibliografika de Voros S.A.
Bucarelli 1160, Buenos Aires. www.bibliografika.com

ÍNDICE

<i>Prólogo</i> , por Daniel R. Pastor	9
1. Hallazgos	16
2. Razones	37
3. Cambios	52
<i>Epílogo</i> , por Daniel R. Pastor	69

PRÓLOGO

No puede sorprender a nadie que Kai Ambos, el jurista alemán más internacional en todo el sentido de la palabra, llame la atención, con esta vibrante monografía, acerca de un posible enclausramiento improductivo de la ciencia jurídico-penal alemana.

El trabajo, titulado en alemán *Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität*, fue publicado en la obra editada en homenaje al malogrado profesor Joachim Vogel: Tiedemann-Sieber-Satzger-Burkhardt-Brodowski (eds.): *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos, Baden-Baden, 2016. La traducción, de excelente factura, es obra de Gustavo Emilio Cote Barco (LL.M. y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen). Su título traducido (*Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso*) ha sido resumido, como recurso estilístico, para la cubierta de esta publicación, pero mantenido en su interior, con lo cual se explica esa discrepancia como licencia estética.

Paso a paso, la monografía se ocupa de tres cuestiones relativas a la situación actual que, a juicio del autor, amenaza la ruina de la ciencia jurídico-penal alemana. En primer lugar, a partir de determinados descubrimientos, nos presenta autocriticamente a su disciplina como producto, en general, de un aristocratismo arrogante y excesivamente apegado a sus propias representaciones (1. *Hallazgos*). Luego, en segundo lugar, explica documentadamente los motivos de ese estado del arte (2. *Razones*). Finalmente, en tercer y último lugar, propone superar la situación por medio de la apertura y democratización del discurso técnico (3. *Cambios*).

Un breve repaso de sus antecedentes resulta suficiente para sostener que el Prof. Ambos es el penalista alemán contemporáneo que más ha orientado su actividad fuera de las fronteras de su país. Luego de completar su formación académica en las prestigiosas universidades de Friburgo de Brisgovia (Alemania), Oxford (Reino Unido) y Múnich (Alemania), el autor se doctoró en la última universidad con una tesis sobre el control del narcotráfico en Colombia, Perú y Bolivia. Durante más de diez años se desempeñó como referente científico del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Internacional y Extranjero (Friburgo), donde realizó investigaciones seminales sobre el sistema penal internacional y sobre el derecho penal latinoamericano. Fruto de esa labor, Ambos presentó como trabajo de habilitación, de nuevo en Múnich, una exposición sistemática y exhaustiva de la parte general del derecho penal internacional. La obra se tradujo

a varios idiomas y se convirtió rápidamente en una lectura obligatoria para los investigadores de la disciplina. A partir de su incorporación como catedrático en la Universidad de Gotinga, el autor profundizó aún más la impronta internacional de su tarea académica. Al respecto, vale destacar su rol como director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero del Instituto de Ciencias Criminales de esa casa de estudios, en la que ha formado una imponente biblioteca internacional y a la que acuden, bajo su dirección, investigadores de todo el mundo. Su estrecha vinculación con Latinoamérica obedece principalmente a su encomiable trabajo en la dirección del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional del Programa de Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. Ese protagonismo se ha intensificado con la reciente creación del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Gotinga, una usina de investigación, radicada en Alemania, que aspira a ser un foro de reunión e intercambio para numerosos juristas de Latinoamérica y Europa. Ha participado en la selección de becarios extranjeros del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y de la Fundación Alexander von Humboldt. Ha sido profesor visitante en numerosas universidades de Europa, Latinoamérica e Israel; en algunas de ellas, además, ha realizado estancias de investigación (entre otras, merece mencionarse su paso por la Universidad Hebrea de Jerusalén). Integra el consejo editorial de revistas científicas de países del *common law* (re-

cientemente fue nombrado editor jefe de la prestigiosa revista internacional *Criminal Law Forum*) y del derecho penal alemán, español, italiano, portugués y latinoamericano. Recientemente ha publicado un tratado impresionante, de tres tomos, sobre derecho penal internacional con la prestigiosa editorial Oxford University Press (*Treatise on International Criminal Law*, 2013-2016). También ha editado la tercera edición del más importante comentario sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, eds. Beck-Hart-Nomos, 3ª ed., 2016).

Ambos, naturalmente, es un jurista políglota, que diserta y discute con soltura no solo en su lengua madre, sino también en inglés, castellano y portugués. Sus obras, traducidas a muchos idiomas, siempre reflejan su conocimiento de los trabajos de mayor actualidad y calidad para la mejor comprensión y discusión de los temas, aunque no estén escritos en su lengua ni publicados en su tierra. También se percibe su involucramiento en los debates sobre la cuestión penal que son desarrollados fuera de Alemania, con otros métodos, sobre otros subtemas, en otros idiomas.

Por ello resulta muy rica su apreciación sobre la calidad que la ciencia jurídico-penal alemana tiene hoy en día en el aspecto metodológico, en particular en lo que respecta a la caracterización del discurso dogmático como provinciano y arrogante, cerrado a la globalización, a la internacionalización, a la europeización, algo que es explicado por la aristocratización de un cono-

cimiento cuya elaboración sería poco democrática e incluso autoritaria.

Un texto sin duda polémico y también molesto, pero valiente y valioso como autorreflexión, con conocimiento de causa, acerca del rendimiento actual de las disciplinas penales en Alemania.

Prologada así esta monografía, tras su texto incluimos, gracias a la generosidad y apertura a los debates de Ambos, un epílogo con algunas consideraciones sobre el trabajo que esperamos sirvan, precisamente, a fomentar las polémicas de las que tanto disfrutamos ambos.

DANIEL R. PASTOR

La ciencia jurídico-penal alemana se encuentra ante una encrucijada: o se abre a la internacionalización y europeización o se mantiene anclada en un "provincianismo presuntuoso" ["selbstbewusster Provinzialität"].¹ Con Joachim Vogel falleció demasiado pronto uno de los representantes probablemente más influyentes de una nueva generación de profesores alemanes de derecho penal, la cual abogó desde muy temprano por dicha apertura, precisamente con miras hacia una verdadera ciencia jurídico-penal internacionalizada y europeizada. Vogel cuestionó² con razón las tendencias dominantes en Alemania, "caracterizadas por la sobreestimación, obstinación

¹ FLETCHER, George: "Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung", en ESER, Albin; HASSEMER, Winfried, y BURKHARDT, Björn (eds.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*, C.H. Beck, Múnich, 2000, p. 235 (239). De forma similar DONINI, Massimo: *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006, pp. 3, 5 ("provincianismo nacionalista" ["nationalistischer Provinzialismus"]) haciendo referencia entre otros a Alemania).

² VOGEL, Joachim: "Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum", *Juristenzeitung (JZ)* [en línea], 1, 2012, p. 25.

y negación en contra de las corrientes internacionales y europeas”.³ Asimismo, reclamó la apertura metodológica y sustancial de esta disciplina, al igual que la democratización del discurso jurídico-penal. En esta corta contribución en su memoria serán recordadas las ideas más importantes de Joachim con relación a este debate; también se intentará fortalecerlas y ampliarlas parcialmente. Para esto procederé en tres pasos: en primer lugar serán presentados algunos hallazgos, posteriormente se señalarán sus razones y finalmente se propondrán algunos cambios que se consideran necesarios.

1. Hallazgos

Cualquier observador experimentado puede constatar fácilmente que la ciencia jurídico-penal alemana ha perdido en las últimas décadas relevancia a nivel internacional prácticamente en todos los niveles.⁴ Si bien aún conserva su influencia sobre va-

³ [“Überschätzungs-, Beharrungs- und Verweigerungstendenzen gegenüber internationalen und europäischen Impulsen”]

⁴ En general sobre la pérdida de influencia de la ciencia jurídico-penal alemana en Europa véase LEFSIUS, Oliver: “Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht”, en HILGENDORF, Eric, y SCHULZE-FIELTZ, Helmuth (eds.): *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015, p. 87. Más optimista sobre la importancia en términos generales de la dogmática jurídica alemana JAREBORG, Nils: “Legal dogmatics and the Concept of Science”, en FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, Rene, y PERRON, Walter (eds.): *Grundlagen und Dogmatik des ge-*

rios Estados pertenecientes a la tradición europea continental,⁵ se trata por lo general de sistemas con una estructura similar a la alemana, caracterizados también por un modelo discursivo aristócrata y poco democrático, justamente en el sentido expuesto por Donini cuando se refiere a la “aristocracia penal” en lugar de “democracia penal”.⁶ Estos sistemas osten-

samen Strafrechtssysteme, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, p. 54 (“German legal dogmatics”... still plays the dominating rule en Europa). Muy europeo y probablemente solo con relación al derecho penal material HILGENDORF, Eric, y SCHULZE-FIELTZ, Helmuth: “Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion”, en HILGENDORF, Eric, y SCHULZE-FIELTZ, Helmuth (eds.): ob. cit., p. 2, d (“Validez mundial... indiscutida” [“Weltgeltung... unumstritten”], “exportador exitoso” [“Exportschlager”]).

⁵ Dicha influencia se da sobre todo con relación al derecho penal material y comprende desde el punto de vista geográfico Europa continental (en especial Portugal, España, los países de Europa oriental y de los Balcanes) América latina y parte de Asia (China, Japón, Corea y Turquía).

⁶ DONINI: nota al pie 1, pp. 7 y ss., en donde enuncian las exigencias de la “aristocracia jurídico-penal” [“Strafrecht-saristokratie”] y las analiza críticamente; más adelante se hará referencia nuevamente a esta posición. Véase también DONINI, Massimo: *IL volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 281 ss. Sobre Donini véase VOGEL, Joachim: “Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2002, p. 517 (534); VOGEL: nota al pie 2, p. 27. De manera similar STUCKENBERG, Carl-Friedrich: “Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2011, p. 653 (658) (“distanciamiento apabullante que la discusión jurídico-penal tradicional, en especial la teoría del bien jurídico, tiene de la democracia” [“verstörende Demokratieförne der traditionellen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion, namentlich der Rechtsgutslehre”]).

tan —dicho enfáticamente— un discurso teórico a veces incluso autoritario, que poco se esfuerza por ser comprensible, dado que está convencido de la corrección científica (y en ocasiones de la superioridad cultural)⁷ de sus posiciones dogmáticas; esto ciertamente al margen de su falta de legitimación democrática y de un concepto de dogmática que no ha sido definido completamente.⁸ Además, la relación de Alemania con estos sistemas jurídicos se limita a la exportación en una sola dirección de teorías y categorías dogmáticas, sin tomar en consideración las condiciones dadas en dichos lugares y sin que haya, según el caso, ninguna adaptación a dichos contextos. Tal y como expuso Vogel, incluso en su ámbito de influencia original la ciencia jurídico-penal alemana ha estado más interesada “en la exportación del derecho penal, es decir, en la difusión del pensamiento penal alemán en el extranjero y en gremios europeos e internacionales, que en aprender del derecho penal extranjero, europeo o internacional y en

⁷ Véase SCHÜNEMANN, Bernd: “Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft”, en HILGENDORF-SCHULZE-FIELTZ (eds.): nota al pie 4, p. 241 (“modelo fuera de circulación a pesar de la superioridad cultural”) [“Auslaufmodell trotz kultureller Überlegenheit”].

⁸ Fundamental desde la perspectiva de la ciencia jurídica general véase ROTTLEUTHNER, Hubert: “Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft”, en HILGENDORF-SCHULZE-FIELTZ (eds.): nota al pie 4, pp. 212-215, en donde se alude al problema de la falta de diferenciación entre teoría (dogmática) y objeto (derecho vigente). Sobre “dogmática” véanse más adelante notas al pie 42 y 100, así como el texto principal.

cierto modo llevar a cabo algún tipo de importación del derecho...”⁹ Más allá de estos ordenamientos jurídicos que mantienen una actitud favorable frente a Alemania, el derecho penal alemán es ampliamente ignorado en el exterior y a nivel supranacional. Sin embargo, es importante diferenciar entre las diferentes áreas que componen la ciencia general jurídico-penal.

Con relación a la teoría general o parte general del derecho penal, se puede decir que el concepto de delito construido de manera deductiva y anclado en un alto nivel de abstracción, así como sus formas particulares (entre otros el concepto final de acción con la consecuente separación entre un concepto psicológico de dolo y la culpabilidad en sentido normativo, la distinción entre justificación y exculpación, así como el concepto de bien jurídico como factor de legitimación del derecho penal) son en su mayor parte ignorados. Incluso algunos intentos propios por ha-

⁹ [“an einem ‘Strafrechtsexport’ interessiert..., also daran, deutsches Strafrechtsdenken im Ausland bzw. in europäischen und internationalen Gremien zu verbreiten, als daran, vom ausländischen, europäischen oder internationalen Strafrecht zu lernen und gleichsam einen ‘Strafrechtssimport’ zu betreiben...”] VOGEL: nota al pie 2, p. 27. Al respecto de manera crítica DONINI: nota al pie 1, p. 29. Crítico, p. ej., sobre la recepción unilateral del derecho penal alemán en Japón YAMANAKA, Keiichi: *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, Berlín, 2012, p. X. De acuerdo con esto DURTGE, Gunnar; ERLER, Johanna, y TADAKI, Makoto: “Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea]. Band 127, Heft 1, p. 225 (226) (“vía en un solo sentido” [“Einbahnstraße”]).

cer accesibles en el ámbito del *common law* el desarrollo de la teoría del delito alemana, así como sus fundamentos teóricos, no han cambiado nada con relación a dicha situación.¹⁰ La dogmática penal alemana ha tenido éxito a nivel internacional solamente con la teoría del dominio del hecho, propuesta por Claus Roxin, uno de sus principales exponentes. Hasta el momento esta teoría, incluso en su variante de autoría por dominio de la organización, no solamente ha sido reconocida en los sistemas influenciados por Alemania,¹¹ sino también por la Corte Penal Internacional (CPI), en donde ha sido aprobada por la Cámara de Apelaciones.¹²

¹⁰ Véase AMBOS, Kai: "Toward a Universal System of Crime", *Cardozo Law Review* [en línea], vol. 28:6, mayo 2007, pp. 2647-2673 (presentación de los méritos del pensamiento sistemático frente a enfoques casuísticos y del concepto de delito posfinalista y sus fundamentos teóricos).

¹¹ En este sentido se debe mencionar especialmente la sentencia de la Corte Suprema del Perú en contra del ex presidente Alberto Fujimori. Véase Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala Penal Especial, sentencia del 7/4/2009, expte. AV 19/01 (casos "Barrios Altos", "La Cantuta", "Sótanos SIE"); confirmada por CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30/12/2009, expte. AV 19/01. Para una traducción al inglés de la decisión, véase *American University International Law Review* (*Am. U. Int'l L. Rev.*) [en línea]. 25, 2010, pp. 657 y ss. Para una traducción parcial al alemán véase AMBOS, Kai, y HUBER, Florian: *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) [en línea], 11, 2009, pp. 622 y ss., con comentarios de Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro, García, Meini, Pariona y Von der Wilt (ZIS) 2009, pp. 552 y ss.

¹² ICC, "Prosecutor v. Lubanga", n° ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1°/12/2014, parágs. 449, 471, 473; con más detalle AMBOS, Kai: "Article 25. Individual criminal respon-

Respecto de la parte especial del derecho penal, internacionalmente se procede de una manera menos sistemática y con mayor énfasis en la solución de problemas. De hecho, la penalización de formas específicas de comportamiento se realiza de acuerdo con las necesidades político-criminales que son percibidas en cada momento. Esto es especialmente claro en el desarrollo del derecho penal europeo, en donde según el art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) el Consejo y el Parlamento europeos son competentes para establecer mediante directivas, "normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza".¹³ Joachim Vogel se refirió con anticipación a esta forma de proceder como "primacía del pensamiento-problema sobre el pensamiento-sistema".¹⁴ Desde este punto de vista, lo que resulta realmente decisivo es si la codificación de un ámbito específico de criminalidad es considerada necesaria, con lo cual las objeciones de índole sistemático o teóricas dan un paso atrás.¹⁵ A nivel de tratados internacionales esto co-

ability", en TRIFFTERER, Otto, y AMBOS, Kai (eds.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2015, Rn. 10, 12-15.

¹³ Véase con más detalle AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht*, 4. Aufl., C. H. Beck, Múnich, 2014, pp. 555 y ss.

¹⁴ ["Vorrang des Problemendenkens vor dem Systemdenken"] VOGEL: nota al pie 6, pp. 522 y ss.

¹⁵ También el ministro federal de Justicia MAAS, Heiko: "Wann darf der Staat strafen?", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTz) [en línea]. Heft 3, 2015, p. 309 (haciendo referencia a Vogel).

responde a la obligación de codificar los denominados *treaty crimes*,¹⁶ cuya acogida en Alemania en no pocas ocasiones es rechazada. Probablemente el ejemplo más importante en este sentido es la criminalización de la tortura como tipo penal autónomo,¹⁷ exigencia que se deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y que sin embargo no ha sido cumplida por Alemania. En este país se ha aceptado, desconociendo el significado simbólico que podría tener dicho tipo penal, que la sanción de la tortura mediante los tipos penales de lesiones personales cualificadas es suficiente.¹⁸ Más allá de este

¹⁶ Véase AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law*, vol. II, Oxford Univ. Press, Oxford, 2014, pp. 222 y ss. Al respecto también VOGEL: nota al pie 2, p. 26.

¹⁷ Véanse arts. 2.1 y 4.1 Convención Contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

¹⁸ Véase "Dritter Bericht der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 19 des Übereinkommens vom 10/12/1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe", disponible en: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_KonventionenCAT/cat_state_report_germany_3_2002_de.pdf (fecha de consulta: 15/4/2015), párr. 17 ("En el derecho penal alemán no hay un tipo penal especial de tortura. Sin embargo, este no es necesario, ya que todas las formas de comportamiento que según el art. 4º se deben penalizar están comprendidas por las normas penales ya existentes" ["Im deutschen Strafrecht gibt es zwar keinen Sondertatbestand der Folter. Ein solcher ist aber auch nicht erforderlich, da alle gemäß Artikel 4 zu pönalisierenden Verhaltensweisen über die bereits bestehenden Strafnormen erfasst werden"]). Crítico al respecto, Committee Against Torture, Forty-seventh session, 31/10-25/11/2011, Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Con-

ejemplo, en general es posible afirmar que la pérdida de importancia del Código Penal alemán puede deberse también, tal y como fue señalado por Vogel, a la falta de una reforma fundamental de su texto.¹⁹

En el campo procesal el entendimiento instrumental del derecho penal difundido a nivel internacional se manifiesta en la ampliación y profundización de medidas coercitivas. Con esto, y especialmente debido al principio de reconocimiento recíproco, en el contexto europeo se ha logrado, por decirlo de alguna manera "por la puerta de atrás", cierto grado de unificación procedimental. En este sentido se debe mencionar, como precursor y *pars pro toto*, sobre todo la orden europea de detención y entrega, cuyo ámbito de aplicación se extiende a una lista de más de treinta formas de criminalidad,²⁰ la cual vale también para los demás instrumentos objeto de reconocimiento recíproco.²¹ Por lo demás, en el ámbito procesal se pue-

vention, Concluding observations of the CAT, CAT/C/DEU/CO/5, 12/12/2011. Disponible en: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_KonventionenCAT/cat_state_report_germany_5_2009_cobs_2011_en.pdf (fecha de consulta: 15/4/2015). Al respecto también VOGEL: nota al pie 2, p. 26.

¹⁹ VOGEL: nota al pie 2, pp. 25 y s.

²⁰ Consejo de la Unión Europea, 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13/6/2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, art. 2.2. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:32002F0584&from=DE> (fecha de consulta: 10/4/2015).

²¹ Véase AMBOS: nota al pie 13, pp. 614 y ss. y 634 y ss.

de constatar la implementación del proceso adversarial prácticamente a nivel mundial.²² Esta tendencia se observa incluso en países representativos de la tradición europea continental tales como Italia²³ o Francia.²⁴ Reliquias del proceso inquisitivo, como por ejemplo el *juge d'instruction* francés,²⁵ no cambian el hecho de que "el proceso penal adversarial o de partes con sus características estructurales, como justi-

²² Acertadamente también VOGEL: nota al pie 2, p. 26.

²³ Véase AMODIO, Ennio: "La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo", *Cassazione Penale (Cass. Pen.)*, 2003, pp. 141 y ss. Sobre el desarrollo actual TONINI, Paolo: *Manuale di Procedura Penale*. 15, Giuffrè, Milán, 2014, pp. 24 y ss.

²⁴ A pesar de que a la etapa del juicio del proceso penal francés se le atribuyen incluso rasgos "adversariales" (LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne: "Das Unmittelbarkeitsprinzip im französischen Strafverfahrensrecht", *Juristenzeitung (JZ)* [en línea]. 126, 2014, p. 185 (187), difícilmente se puede afirmar que su estructura sea realmente adversarial en el sentido angloamericano de un proceso de partes. A lo sumo se puede resaltar el interrogatorio cruzado (contradictorio) de los testigos en el sentido del art. 6.3 (d) de la CEDH en el marco del juicio oral (véase ídem, p. 189). En contra de una lectura adversarial en el sentido mencionado también habla el significado de la etapa de investigación preliminar y el rol que en ésta cumple el juez de instrucción (véase ídem, pp. 185, 193). Con más detalle sobre la etapa de investigación preliminar, véase por ejemplo DESPORTES, Frédéric, y LAZERGES-COUSQUER, Laurence: *Traité de procédure pénale*, 3ª ed., Economica, París, 2013, pp. 21 y ss. Sobre el juicio oral véase LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, y STUCKENBERG, Carl-F. (eds.): *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, V & R Unipress, Bonn Univ. Press, Gotinga, 2014.

²⁵ Sobre su rol véase DESPORTES-LAZERGES-COUSQUER: nota al pie 24, pp. 472 y ss.

cia a través del procedimiento contradictorio (en vez de verdad material), autonomía de las partes (en vez de actividad oficiosa del juez), sistema de tarifa legal en la valoración probatoria (en vez de libre apreciación de las pruebas) y *plea bargaining*, haya sido implementado entre tanto en ordenamientos jurídicos de Europa oriental, América latina y del oriente asiático.²⁶ Esto aplica también al proceso ante los tribunales penales internacionales.²⁷ Así, por ejemplo, aunque el proceso ante la CPI puede ser calificado como un proceso mixto inquisitivo-adversarial,²⁸ en la práctica se aplica cada vez más la estructura procesal de "dos casos" en contra del

²⁶ ["das adversatorische Parteiverfahren mit seinen Strukturmerkmalen Gerechtigkeit durch kontradiktorisches Prozedieren (statt materieller Wahrheit), Parteiautonomie (statt staatlich richterliche Fürsorge), detaillierten Beweisregeln (statt freier richterlicher Beweiswürdigung) und plea bargaining inzwischen auch in den klassischen civil law-Rechtsordnungen Osteuropas, Lateinamerikas und Ostasiens durchgesetzt"], en AMBOS, Kai: "Besprechung von Sabine Swoboda, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen", *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 161, 2014, p. 427. Según el Prof. Weimin Zuo (Universidad Sichuan, China) el éxito del proceso penal angloamericano se debe a la popularidad de los Estados Unidos de América y de Gran Bretaña como "the most developed rule of law countries", a una estrategia de exportación efectiva y al "due process component" del procedimiento adversarial (presentación en la "Conference in Honour of Mirjan Damaška", Cavtat, Croatia, 29-30/5/2015).

²⁷ Al respecto SWOBODA, Sabine: *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

²⁸ Véase AMBOS: nota al pie 13, pp. 367 y ss., 412-413.

tipo de procedimiento de "un caso" dirigido por el juez.²⁹

Con relación a la política criminal se debe afirmar, que al margen del trabajo publicado por Roxin en 1973³⁰ y de la introducción realizada por Zipf en la misma época,³¹ esta es tratada por la denominada *ciencia* jurídico-penal solo marginalmente y con descuido, de hecho incluso casi con vergüenza, ya que para muchos supone acercarse demasiado al trabajo legislativo.³² Aquí se muestra nuevamente la convicción sobre su propia autonomía, inmanente al discurso jurídico-penal aristocrático, así como la supuesta superioridad de la dogmática jurídico-penal frente a la política criminal,³³ lo cual ha sido presentado últimamente incluso bajo el ropaje de una (a nivel internacional difícilmente admisible)

²⁹ Sobre este antagonismo FEENEY, Floyd, y HERRMANN, Joachim: *One case - two systems*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005. LANGER, Máximo: "The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law", *American Journal of Comparative Law (AmJComJ)* [en línea]. 53, 2005, p. 835 (843).

³⁰ ROXIN, Claus: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., De Gruyter, Berlín, 1973. Resumido ROXIN, Claus: *Strafrecht AT*, Band I. 3, Aufl., C. H. Beck, Múnich, 1997, pp. 174 y ss.

³¹ ZIPF, Heinz: *Kriminalpolitik: eine Einführung in die Grundlagen*, Müller, Karlsruhe, 1973; véase también del mismo autor, *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*. 2. Aufl., Müller, Heidelberg, Jur. Verl., 1980.

³² De manera crítica VOGEL: nota al pie 2, p. 26; también DONINI: nota al pie 1, pp. 21 s. (lamentando la falta de política criminal en Italia y a nivel europeo).

³³ Similar DONINI: nota al pie 1, p. 9 ("autonomía de la ciencia frente a la política" ["Autonomie der Wissenschaft gegenüber der Politik]).

"dogmática de la política criminal" ["Dogmatik der Kriminalpolitik"].³⁴ La política criminal también ha ganado gran importancia a nivel internacional debido a los desafíos que le presenta la globalización. Precisamente por esta razón la política criminal necesita del acompañamiento crítico-científico,³⁵ lo

³⁴ ROBLES, Ricardo: "Zur Dogmatik der Kriminalpolitik", en FREUND-MURMANN y otros (ed.): nota al pie 4, pp. 115 y ss. Aquí se califican también las decisiones legislativas sin legitimación (se debe leer: dogmática) como "mero ejercicio de poder" ["bloße Machtausübung"] (p. 116) y se hace referencia a la dogmática como un "esquema conceptual... superior" ["überlegen... begrifflichen Schema"], que constituye el "lugar de la meta política criminal" ["der Ort der Meta-Kriminalpolitik"] (p. 117). De esta manera se puede observar la firme creencia de este autor (ciertamente no demostrada) en la capacidad de la dogmática para racionalizar la política criminal. Con esto se ignora, entre otras cosas, que varias figuras dogmáticas también son el producto de "intereses político-criminales concretos" ["handfester rechtspolitischer Interessen"] y no simplemente el producto de una "deducción lógica" ["logischer Deduktion"] (KOCH, Arnd: "Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung", en FREUND/MURMANN y otros (ed.): nota al pie 4, pp. 1483, 1496, según el cual esto lo prueba la historia del derecho).

³⁵ Véase SIEBER, Ulrich: "Strafrechtsvergleichung im Wandel", en SIEBER, Ulrich, y ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006, pp. 90-93, 96-98, 110 (para quien esto constituye una de las razones para la creciente importancia del derecho comparado, el cual puede en este sentido garantizar "good governance"); también SIEBER, Ulrich: "Grenzen des Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea]. Band 119, 2007, p. 1 (53); similar ESER, Albin: "Evaluativ-Kompetitive Strafrechtsvergleichung", en FREUND/MURMANN y otros (ed.): nota al pie 4, pp. 1441, 1455.

cual, por supuesto, no se puede equiparar con su "dogmatización" ["Dogmatisierung"]³⁶ y completa cientifización, desconociendo la dimensión político-valorativa³⁷ que le es propia.³⁸

En todo caso, la política criminal nacional (en Alemania) no siempre acoge lo dispuesto a nivel internacional, como lo muestra el ejemplo ya mencionado de la tortura, incluso cuando a nivel de la Unión Europea el efecto interno del derecho secundario solo

³⁶ En el sentido explicado en la nota al pie 34.

³⁷ Véase VOGEL, Joachim: "Kriminalpolitikwissenschaft und europäische Kriminalpolitik", en HEGGER, Martin; KELKER, Brigitte, y SCHRAMM, Edward (eds.): *Festschrift für Kristian Kühn*, C. H. Beck, Múnich, 2014, pp. 635 y s. (con crítica fundada a la diferencia dominante entre *lex lata* y *lex ferenda* y con dudas fundamentales sobre la posibilidad de una política criminal científica "en el sentido de respuestas verdaderas, válidas, objetivas y vinculantes" ["im Sinne von wahren, gültigen, objektiven oder verbindlichen Antworten"], en lugar de esto abogando por un entendimiento más sobrio como respuesta a los desafíos de la criminalidad).

³⁸ Esto necesitaría aclaraciones adicionales que debido a razones de espacio no se pueden realizar aquí. Dicho brevemente se trata (obviamente) de un acompañamiento científico a la política criminal, el cual debe ir más allá de una dogmática puramente técnico-conceptual, aceptar la legitimidad de las decisiones discrecionales tomadas por los funcionarios electos competentes e incluir las ciencias sociales empíricas (véase más adelante nota al pie 107 y texto principal) y el análisis comparado del derecho (véase nota al pie anterior). Solo entonces la dogmática puede pretender ser una ciencia (sobre "legal dogmatics" como "legal science" en sentido amplio, véase JAREBORG: nota al pie 4, pp. 49 y ss.) y la política criminal puede permanecer como política legitimada democráticamente (en el sentido de *policy*, al respeto VOGEL: nota al pie 37, pp. 637, 646 y ss.).

deja un margen de acción reducido. Es posible pensar que en el caso concreto dicha resistencia tiene sustento; sin embargo, esta actitud es a penas sostenible internacionalmente³⁹ cuando su fundamentación se reduce a una remisión general ontologizante a supuestas categorías lógico objetivas, que hacen de la dogmática jurídico-penal alemana la medida de todas las cosas⁴⁰ y de acuerdo con las cuales las teorías extranjeras, sobre todo del derecho penal anglo-americano, son calificadas como "analíticamente impuras" y "premodernas".⁴¹ Lo anterior no solamen-

³⁹ Crítico en este sentido también sobre la falta de capacidad del discurso dogmático tradicional para ser exportado LEPSIUS: nota al pie 4, pp. 86 y s.; similar VON BOGDANDY, Armin: "Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft", en HILGENDORF-SCHULZE-FIELITZ: nota al pie 4, pp. 141 y s. (necesidad de aclaración de la funcionalidad de conceptos dogmáticos).

⁴⁰ Véase en especial HIRSCH, Hans J.: "Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?", en SEEBODE, Manfred (ed.): *Festschrift für Günter Spindel*, De Gruyter, Berlín, 1992, pp. 43 y ss. (con su desacreditada tesis de una dogmática jurídico-penal "total o parcialmente correcta o falsa" ["ganz oder teilweise richtigen oder falschen"], p. 58). Acertadamente y de manera crítica sobre el punto de vista ontologizante, ROXIN, Claus: "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en EBERHARD, Barth (ed.): *Festschrift für Richard M. Honig*, Schwartz, Gotinga, 1970, p. 148 ff; ROXIN: *Kriminalpolitik*, nota al pie 30, pp. 5 y s.; ROXIN: *Strafrecht* nota al pie 30, p. 181 en nota al pie 76, 193. También de forma crítica AMBOS, Kai: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl, Dunker & Humblot, Berlín, 2004, pp. 57 y s.

⁴¹ Véase SCHÜNEMANN, Bernd: "Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden", *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*,

te ignora que en el derecho penal angloamericano también existe “dogmática” en el sentido de interpretación y sistematización del derecho vigente (*doctrinal scholarship*)⁴²⁻⁴³ sino también el hecho de que los rendimientos de la dogmática tradicional en términos de estructuración y sistematización se pueden producir y de hecho son producidos de otras maneras, por ejemplo, apelando a principios genera-

2015, p. 282 (acogida de “doctrinas analíticamente impuras y premodernas” [“analytisch unsauberer, vormoderner Doktrinen”]). En general, Schünemann se dirige sobre todo al derecho penal angloamericano. Sin embargo, el escaso desarrollo “dogmático” de este último y su enfoque deductivo basado en casos (al cual ya se hizo referencia) no deben llevar a subestimar la discusión teórica y filosófica, en ocasiones de alto nivel, que tiene lugar en dicho ámbito ni a evitar que se tomen en serio las soluciones allí propuestas (en todo el sentido del método funcional del derecho comparado que se menciona más adelante).

⁴² HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ: nota al pie 4, p. 6.

⁴³ Véase por ejemplo, como principal exponente en los Estados Unidos de la teoría del derecho como disciplina autónoma (la cual ha sido cuestionada por los “legal realists”) POSNER, Richard: “Legal Scholarship Today”, *Harvard Law Review*, 115, 2001-2002, p. 1314 (1316): “...task of the legal scholar... to extract a doctrine from a line of cases or from statutory text and history, restate it, perhaps criticize it or seek to extend it, all the while striving for ‘sensible’ results in light of legal principles and common sense”. También sobre “legal dogmatics” como “rational reconstruction” MACCORMICK, Neil: “Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990, p. 539 (556 f: “task of scholarship... to reconstruct” el material jurídico, para hacerlo comprensible... “rational reconstruction means the production of clear and systematic statements of legal doctrine... great works of legal dogmatics... among the highest achievements of human intelligence” (el destacado en el original).

les en el marco de un discurso teórico y filosófico exigente y riguroso, así como mediante el trabajo minucioso de casos concretos.⁴⁴

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia, la cual es especialmente importante para la práctica, se debe decir en primer lugar que está sujeta al derecho alemán (art. 20 apart. 3 y art. 97 apart. 1, Ley Fundamental alemana) y en consecuencia argumentos relacionados con el derecho penal extranjero (con excepción de las pocas veces en las que se debe aplicar alguna norma de otro ordenamiento jurídico)⁴⁵ a lo sumo puede tener carácter informativo.⁴⁶ Sin embargo, no es errado afirmar que en la jurisprudencia existe cierta recepción, si bien renuente, de influencias internacionales y europeas. Esto se puede demostrar con varios ejemplos,⁴⁷ de los cuales vale la pena recordar la renuncia inicial de tribunales su-

⁴⁴ Desde la perspectiva del derecho público, véase LEPSIUS: nota al pie 4, p. 86.

⁴⁵ Por ejemplo, desde la perspectiva de las normas sobre aplicación del derecho penal, en la comprobación de reglas idénticas (extranjeras) sobre el lugar del hecho conforme al art. 7º del C.P. alemán (StGB) o (como valoración del derecho extranjero) en el marco del análisis comparado del derecho (véase ESER: nota al pie 35, p. 1449; asimismo más adelante nota al pie 131 y texto principal).

⁴⁶ De la misma manera VOGEL, Joachim: “Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung”, en BECK, Susanne; BURCHARD, Christoph, y FATEH-MOGHADAM, Bijan (eds.): *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 206.

⁴⁷ Aquí puedo hacer referencia a mi experiencia (ciertamente limitada) como juez del Tribunal Provincial (Landgericht) de Gotinga, (2006-2014) y del Tribunal Superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig (desde el 1º/1/2015).

periores alemanes (Obergerichte) a aceptar la restricción del art. 329, apart. 1 del Código de Procedimiento Penal alemán (StPO) exigida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El TEDH había decidido que esta disposición era incompatible con la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH), cuando el recurso de apelación era rechazado debido a la ausencia del recurrente, a pesar de que su defensor estuviera presente y listo para ejercer la defensa.⁴⁸ Varios tribunales se negaron a reconocer la validez de esta decisión en el derecho interno, entre otros con el argumento de que el TEDH había ignorado la sistemática de las normas alemanas sobre recursos.⁴⁹

⁴⁸ TEDH, decisión del 8/11/2012 (Naziraj - Alemania), párr. 49 y ss.; comentario por WASZCZYNSKI, Dominik: "Verwerfung der Berufung wegen unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport (NStZ-RR)* [en línea], Heft 1, 2014, pp. 18 y ss.; ESSER, Robert: "(Nichts) Neues aus Straßburg - Effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO)", *Stfverteidiger (StV)* [en línea], Heft 5, 2013, pp. 334 s.; acertadamente ESSER, Robert: *Europäisches und Internationales Strafrecht*, C.H. Beck, München, 2014, § 9 Rn. 255; GERST, Joachim: "Die Konventionsgarantie des Artikel EMRK Artikel 6 Absatz IIIc und die Abwesenheitsverwerfung gemäß §StPO, § 329, StPO § 329 Absatz I 1 StPO - Ein kleiner Schritt für Straßburg, ein zu großer für Deutschland?", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* [en línea], Heft 6, 2013, p. 310.

⁴⁹ Tribunal Superior de Celle, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* [en línea], 2013, pp. 615, 616. Tribunal Superior de Múnich, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* [en línea], 2013, pp. 358, 359 con comentario crítico de ZEHETGRUBER, Christoph: "Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1

Sobre todo el Tribunal Superior de Celle contradujo de manera vehemente al TEDH⁵⁰ y para esto aplicó su propia interpretación del art. 6º apart. 3 letra c) de la CEDH.⁵¹ Al final, solo la actividad del legislador puso punto final a esta situación contraria al sistema europeo de protección de derechos.⁵² En

StPO mit der EMRK München", *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)* [en línea], Heft 10, 2013, p. 402. Tribunal Superior de Düsseldorf, *Strafverteidiger (StV)* [en línea], Heft 5, 2013, p. 299 con comentario crítico de ESSER: nota al pie 48, p. 331 ("ignorancia frente a estándares de derechos humanos en el proceso penal" ["Ignoranz gegenüber menschenrechtlichen Standards in Strafverfahren"], 338); de acuerdo con el resultado MOSBACHER, Andreas: "Straßburg locuta - § StPO § 329 StPO § 329 Absatz I StPO finita?", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* [en línea], Heft 6, 2013, pp. 313 y ss. ("No hay ningún camino metodológico plausible para adaptar el resultado deseado por el TEDH a la estructura del derecho vigente" ["Es gibt keinen methodisch vertretbaren Weg, das vom EGMR gewünschte Ergebnis in die Struktur des geltenden Rechts einzupassen"]).

⁵⁰ Tribunal Superior de Celle, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* [en línea], 2013, p. 615 (La decisión "ignora fundamentalmente la situación jurídica alemana" ["gehe an der deutschen Rechtslage fundamental vorbei"]).

⁵¹ Tribunal Superior de Celle, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* [en línea], 2013, p. 615 ("El interés del acusado de permitir su defensa por medio de un defensor en el trámite de la apelación", "según la interpretación correcta de esta disposición, no es protegido jurídicamente" [das "Interesse des Angeklagten, sich von einem Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung vertreten zu lassen", werde "nach sachgerechter Interpretation dieser Vorschrift rechtlich nicht geschützt"]).

⁵² Véase propuesta (Referentenentwurf) del Ministerio Federal de Justicia y para la Protección del Consumidor sobre un proyecto de ley para el fortalecimiento del derecho

cambio, el ejemplo mencionado por Vogel⁵³ sobre la remisión de asuntos que deben realizar los tribunales nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuando el objeto de debate involucra aspectos relevantes del derecho comunitario (“Vorabentscheidungsverfahren”), resulta menos ilustrativo en lo que a la relación del derecho alemán con el derecho europeo se refiere, ya que si se compara entre los miembros de la Unión Europea se observa que Alemania es de los países que más asuntos ha remitido.⁵⁴ Incluso la compara-

a la representación a través de un defensor en el juicio de apelación, 41 y ss., así como el proyecto de ley del Gobierno Federal del 17/10/2014 (BR-Drucks, 491/14), 44 y ss., especialmente 51 y ss., según el cual se debe reformar el art. 329, StPO y reemplazar por una regulación completa de los casos de ausencia injustificada. En consecuencia (solo) se puede rechazar la apelación, cuando tanto el acusado como el defensor se ausentan sin justificación (art. 329, párr. 1, StPO-proyecto). De manera que el juicio de apelación también puede tener lugar sin el acusado, cuando su presencia “no sea requerida por circunstancias especiales” [“nicht besondere Gründe” seine Anwesenheit “erfordern “] y “esté representado por un defensor autorizado mediante poder de representación otorgado por escrito” [“wenn er durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten wird”] (art. 329, párr. 2, StPO-proyecto). El Parlamento alemán (Bundestag) ha aprobado el proyecto de ley en la versión modificada por la Comisión de asuntos jurídicos (Rechtsausschuss) (BT-Drucks, 18/5254) el 18/6/2015 (http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw25_angenommen_abgelehnt/378774; fecha de consulta: 23/6/2015).

⁵³ VOGEL: nota al pie 2, p. 26.

⁵⁴ Según el Informe Anual del TJUE en el año 2014 Alemania realizó 87 remisiones, lo cual constituye aproximadamente el 20% de todas las remisiones realizadas en ese

ción con otros países similares en tamaño⁵⁵ demuestra que Alemania ocupa, de acuerdo con las estadísticas, una posición más o menos alta. De hecho, es posible afirmar que existe cierta reserva general por parte de los tribunales nacionales, no solo de los alemanes, para realizar dichas remisiones.⁵⁶

año (en total 428 remisiones de los 28 Estados miembros de la Unión Europea). De la misma manera, en el período total comprendido en esta estadística (1961-2014) los tribunales alemanes son los que han sometido al TJUE la mayor cantidad de asuntos con un total de 2.137. La versión en español del Informe puede ser consultada en: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf (fecha de consulta: 13/4/2015), pp. 121-122.

⁵⁵ Italia (52 remisiones), Francia (20 remisiones), Reino Unido (12); en el período total Italia (1279), Francia (906), Reino Unido (573), véase idem.

⁵⁶ Los tribunales nacionales en general pueden remitir asuntos al Tribunal Europeo de Justicia si así lo consideran necesario, para que este se pronuncie sobre la interpretación de tratados o sobre la validez e interpretación de actos adoptados por las instituciones u órganos de la Unión (art. 267, párrs. 1º y 2º, TFUE). Sin embargo, cuando se trata de tribunales nacionales de última instancia dicha remisión es obligatoria (art. 267, párr. 3º, TFUE). La remisión se considera necesaria cuando existe duda sobre el sentido del derecho vigente (“acte-claire-Doktrin”) y la cuestión relevante no ha sido aclarada con anterioridad por el TJUE (“acte éclairé”) (véase WEGENER, Bernhard, en CALLESS, Christian, y RUFFERT, Matthias [eds.]: *EUV/AEUV*, 4. Aufl., C. H. Beck, Múnich, 2011, art. 267 Rn. 32), mientras que el principio “in actis claris non fit interpretatiō” de todas maneras con la hermenéutica moderna ha sido superado (GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-E., y KOTZUR, Markus: *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2010, C. H. Beck, Múnich, 2010, Art. 267 AEUV, Rn. 19), es decir, que la interpretación de normas jurídicas rara vez es clara o indiscutida.

Un ejemplo notorio y positivo de influencia del derecho penal alemán únicamente se puede constatar en el derecho penal internacional. Esto ha ocurrido debido a dos factores.⁵⁷ Por un lado, Alemania jugó un papel muy importante en la creación de la CPI, el cual continúa hasta hoy con el apoyo permanente a dicho tribunal. Por otro lado, mediante el Código Penal Internacional alemán y, en menor medida, a través la Ley de Cooperación con la CPI se expedieron dos leyes de implementación que han gozado a nivel internacional de gran popularidad, lo que fue posible entre otras razones gracias a su traducción en los seis idiomas de las Naciones Unidas.⁵⁸ Por último, pero no menos importante, la dogmática jurídico-penal alemana ha ganado validez en el contexto de la CPI, sobre todo en lo que tiene que ver con la ya mencionada teoría de la participación.⁵⁹ Este éxito único se puede explicar a partir de la cooperación constructiva entre práctica y teoría: la política

⁵⁷ Muy negativo en este sentido VOGEL: nota al pie 2, p. 26. El autor puede recurrir aquí a su propia experiencia como miembro de la delegación alemana en la Conferencia de Roma en el año 1998 y del grupo de trabajo de expertos conformado por el Ministro Federal de Justicia alemán para la creación de un Código de Derecho Penal Internacional.

⁵⁸ Véase <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/projekte/translations> (fecha de consulta: 16/4/2015).

⁵⁹ Véase también JESSBERGER, Florian, y GENEUSS, Julia: "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir", *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 6, 2008, p. 853 (con el provocante subtítulo de "German Doctrine at The Hague?").

exterior y de justicia alemana apoyó siempre enérgicamente la creación de la CPI, así como su implementación en el derecho interno a través de las leyes mencionadas, y para esto se valió en todas las fases de asesoría científica y académica.⁶⁰

2. Razones

La inmunidad aparente del derecho penal nacional frente a la internacionalización y a la globalización se explica usualmente con el arraigo moral que este tiene en cada sociedad y en consecuencia acudiendo a su *condicionamiento cultural*. Así, el Tribunal Constitucional alemán justificó en su decisión sobre el Tratado de Lisboa el significado especial que tiene el principio democrático para el derecho penal, al afirmar que este representa un ámbito especialmente sensible "para la capacidad de autodeterminación democrática de un Estado constitucional".⁶¹ Según este Tribunal las condiciones de la punibilidad "dependen de preconcepciones culturales que se desarrollan históricamente y están marcadas por el lenguaje", y por tal razón "son extraíbles normativamente solo de forma limitada de los valores y premisas éticas compartidos en Europa".⁶²

⁶⁰ Véase AMBOS, Kai: "Internationales Strafrecht in der Berliner Republik", en *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, 2016 (próximamente).

⁶¹ ["für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats"], Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30/6/2009 (*BVerfGE*, 123, 267, 359).

⁶² ["von kulturellen, historisch gewachsenen, sich sprachlich geprägten Vorverständnissen... abhängig", "nur eingeschränkt

Justamente en este sentido la preservación por medio del derecho penal de un consenso cultural mínimo es vista por algunos profesores alemanes como algo imprescindible. Así, Jakobs ve en la punición de los antiguamente llamados "delitos contra la moralidad" (*Sittlichkeitsdelikte*) la expresión de la "estigmatización de ataques contra la sociedad en cuanto comunidad cultural configurada conforme a una finalidad (!)".⁶³ De esta manera, una moral comúnmente aceptada no solo tendría que ser entendida como "limitación de la libertad" ["*Freiheitsbegrenzung*"], puesto que también representaría "condiciones de la libertad en una sociedad" ["*Bedingungen der Freiheit in einer Gesellschaft*"]. Según Jakobs: "El uso socialmente improductivo de la libertad que conduce al aislamiento o que lleva a caer en una subcultura es limitado por la moral social".⁶⁴ De la misma manera, según Stratenwerth la preser-

aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar"] Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30/6/2009 (*BVerfGE*, 123, 267, 359). Véase NOLTENIUS, Bettina: "Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea], 122, Heft 3, 2010, p. 622; crítico al respecto VOGEL, Joachim: "Art. 83 AEUV", en GRABITZ, Eberhard; HILF, Mainhard, y NETTSCHEIDT, Martin: *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Band I*, C. H. Beck, Múnich, 2015, Rn. 19.

⁶³ ["der Stigmatisierung von Angriffen gegen die Gesellschaft als zweckvoll gestaltete (!) Kulturgemeinschaft."] JAKOBS, Günther: *Rechtsgüterschutz?: zur Legitimation des Strafrechts*, Schöningh, Paderborn, 2012, p. 37.

⁶⁴ ["der gesellschaftlich unergiebigere Freiheitsgebrauch, der zur Vereinzelung oder zum Abgleiten in eine Subkultur führt, wird durch die Sitte abgeschnitten"] ídem, p. 25.

vación jurídico-penal de normas de comportamiento específicas es necesaria para asegurar un consenso normativo mínimo en una sociedad determinada.⁶⁵ Asimismo, Hefendehl aboga por la "penalización de infracciones contra convicciones culturales profundamente arraigadas".⁶⁶ En concreto, sobre la base de esta perspectiva se podría justificar, por ejemplo, la criminalización del trato cruel de animales vertebrados, no solamente para protegerlos del sufrimiento intenso en cuanto seres vivos capaces de experimentar sensaciones, sino "al mismo tiempo como protección [de la sociedad] ante la brutalidad en general".⁶⁷

Esta perspectiva tiene precisamente en Alemania importantes precursores. Solo hay que pensar en la idea de identidad nacional del derecho propuesta por Von Savigny, fundada en el "espíritu del pueblo" alemán ["*Volksgeist*"] y arraigada culturalmente;⁶⁸

⁶⁵ Véase STRATENWERT, Günther: "Zum Begriff des Rechtsgutes", en ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike, y SCHUMANN, Heribert: *Festschrift für Theodor Lenckner*, C. H. Beck, Múnich, 1998, p. 377 (386 y ss.) También STRATENWERT, Günther: "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter", en *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 255 (266).

⁶⁶ ["Pönalisierung von Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen"] HEFENDEHL, Roland: *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymann, Colonia, 2002, p. 56.

⁶⁷ ["zugleich als Schutz vor allgemeiner Verrohung"] JAKOBS: nota al pie 63, p. 30.

⁶⁸ VON SAVIGNY, Friedrich C.: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, pp. 8 y ss. ("Pero esta conexión orgánica del derecho con la naturaleza y carácter del pueblo se evidencia con el paso del tiempo... El derecho crece con el

o en el derecho (penal) como “fenómeno cultural” [“Kulturerscheinung”] tal como era entendido por Max Ernst Mayers, para quien las normas jurídico-penales se podían reconducir a normas culturales que les eran subyacentes.⁶⁹ En este sentido, no se puede discutir que el derecho penal se forma “en un complejo proceso social”⁷⁰ y que por tanto efectivamente constituye un “fenómeno cultural”.⁷¹ Sin embargo,

pueblo, se forma con este y finalmente muere, a medida que el pueblo pierde su identidad) [“Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten... Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert”] p. 11.

⁶⁹ MAYERS, Max E.: *Rechtsnorm und Kultur*, Schletter, Breslau, 1903, p. 19 (“Originalmente las normas culturales y jurídicas no simplemente coinciden, originalmente son idénticas” [“Ursprünglich stimmen Kultur- und Rechtsnormen nicht bloß überein, ursprünglich sind sie identisch”]; sin embargo, también se reconocen normas jurídicas que carecen de base cultural inmediata); igualmente RABEL, Ernst: “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Zeitschrift für Zivil- und ProzessR*, 13, 1924, p. 279 (283) (“Debido a que el derecho es... un fenómeno cultural, no puede ser pensado independientemente de sus causas y de sus efectos”) [“Denn das Recht ist... eine Kulturerscheinung, es kann nicht unabhängig gedacht werden von seinen Ursachen und Wirkungen”]. Véase HORNLE, Tatjana: “Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea], 117, Heft 4, 2005, p. 801 (801 s. en nota al pie 2).

⁷⁰ [“in einem vielschichtigen sozialen Entwicklungsprozess”].

⁷¹ Fundamental JUNG, Heike: “Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?”, en FREUND/MURMANN y otros (ed.): nota al pie 4, pp. 1467 y ss., 1474, 1481 con explicación instructiva

esto es solo una parte de la verdad, ya que, por un lado, el condicionamiento cultural de nuestra disciplina se manifiesta de distintas maneras en cada subárea,⁷² y por otro, y más importante aún, el condicionamiento cultural no significa que el derecho penal sea inmune a las influencias internacionales y europeas. Por el contrario, es posible defender (como contrapropuesta a un derecho penal arraigado en la cultura de un determinado país) un derecho penal intercultural anclado en la “cultura” universal

del transfondo científico teórico (pp. 1469 y ss.); asimismo VALERIUS, Brian: *Kultur und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011 (sobre la consideración de concepciones axiológicas culturales en el derecho penal en general y su protección a través de este); también SACCO, Rodolfo: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2, unv. Aufl, Nomos, Baden-Baden, 2011 (original en italiano de 1980), pp. 154 y s.; HILGENDORF, Eric: “Zur Einführung: Globalisierung und Recht”, en BECK y otros (ed.): nota al pie 46, p. 23 (derecho como “parte de la cultura”); BECK, Susanne: “Strafrecht im interkulturellen Dialog”, en ídem, p. 79 (“Parte de la comunicación cultural” [“Teil der kulturellen Kommunikation”]; MEYER, Frank: “Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung”, en ídem, p. 90; WEIGEND, Thomas: “Diskussionsbemerkungen”, en ídem, p. 131; KUBICIEL, Michael: “Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung”, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)*, Heft 2, 2012, p. 212 (214); véase también más adelante la nota al pie 119 y el texto principal.

⁷² Véase VOGEL, Joachim: “Transkulturelles Strafrecht”, *Goltammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2010, p. 1 (3 y ss.), en donde él demuestra que estas particularidades culturales juegan un papel menos importante en la parte general del derecho penal que en la parte especial y en el proceso penal.

(o en todo caso occidental) de los derechos humanos, tal y como se propuso por el filósofo de Tubinga Otfried Höffe en 1999,⁷³ e incluso, sobre esta base, un derecho penal transcultural, tal como fue desarrollado posteriormente por Vogel.⁷⁴ Visto de esta manera, un fundamento axiológico común, como se desprende de los derechos humanos universales, no actúa "internamente" aislando al derecho penal propio de influencias foráneas, sino "externamente" y a nivel "transnacional" en el sentido de una moral mínima que no se detiene ante fronteras nacionales y que no solamente es predicada por los Estados liberales de derecho, sino vivida y defendida activamente por estos. Así, el derecho penal no debe entonces proteger solamente las concepciones culturales nacionales, sino también, justamente en el sentido de Emile Durkheim,⁷⁵ concepciones axiológicas colectivas y transnacionales que "in any one type of society are to be found in every healthy

⁷³ HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1999.

⁷⁴ VOGEL: nota al pie 72, p. 1 (14), según el cual de los derechos humanos reconocidos universalmente se puede derivar un derecho penal de este tipo y a partir de allí es posible fundamentar también la obligación de protección penal de las violaciones graves de derechos humanos; en este sentido se podría incluso hablar de "una cultura internacional de un derecho penal de los derechos humanos" [von einer "internationalen Kultur eines menschenrechtlichen Strafrechts"].

⁷⁵ Sobre Durkheims, en este contexto, véase TALLGREN, Immi: "The Voice of the International", *Journal of International Criminal Justice* (JICL) [en línea], 13, 2015, p. 135 (148 y s.).

consciousness"⁷⁶ y que fomentan el sentido de comunidad.⁷⁷

La expresión práctica de dicha concepción axiológica común y fundada en los derechos humanos es el derecho penal internacional contemporáneo, el cual se ha propuesto como objetivo evitar o al menos reducir notablemente mediante la amenaza de persecución penal las violaciones más graves de derechos humanos. Pero también el derecho penal europeo se puede fundamentar de esta manera, especialmente cuando este se refiere a la lucha contra la criminalidad transfronteriza y especialmente grave como lo hace el ya citado art. 83, TFUE. En los ordenamientos jurídicos nacionales tanto el derecho internacional como el derecho de la Unión Europea tienen efectos desde el punto de vista material, al igual que en el plano procesal y policivo, como lo muestra por ejemplo la cooperación en materia de investigación criminal que tiene lugar a nivel europeo mediante figuras como Europol o Eurojus (la futura fiscalía europea también se debe mencionar en este mismo sentido),⁷⁸ o incluso la reciente resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la lucha contra combatientes terroristas extranjeros.⁷⁹ Esta última ha servido precisamente en Ale-

⁷⁶ DURKHEIM, Emile: *The Division of Labour in Society*, 2 Aufl, The Free Press, Nueva York, 1984, p. 34.

⁷⁷ En este sentido también TALLGREN: nota al pie 75, p. 148. ("criminal law based on commonly shared moral convictions, thereby nourishing the existence of a community...").

⁷⁸ Véase AMBOS: nota al pie 13, pp. 645 y ss.

⁷⁹ Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, resol. 2178/14.

mania para fundamentar un nuevo endurecimiento del derecho penal orientado a combatir al terrorismo mediante la creación de un tipo penal para evitar el "turismo terrorista" ["touristischer Terrorismus"],⁸⁰ frente a lo cual, al margen de los reparos que desde el punto de vista del Estado de derecho se pueden formular a este adelantamiento de la punibilidad, se ha planteado la duda de si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede obrar como una especie de legislador mundial en materia penal y si le puede imponer a los Estados miembros de las Naciones Unidas la obligación de implementar en el derecho interno sus decisiones.⁸¹

⁸⁰ Según esto, se debe penalizar el viajar al exterior con el fin de apoyar organizaciones terroristas (ampliación del art. 89a, StGB), al igual que, mediante el tipo penal autónomo, la financiación de esta clase de organizaciones (art. 89c, StGB). Véase proyecto de ley del 11/3/2015 del Gobierno federal alemán para modificar la persecución de la preparación de actos violentos graves en contra del Estado [Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten] (BT-Drucks, 18/4279), así como la reforma a la Ley de Identificación Personal [PersonalausweisG] del 24/4/2015, véase <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/01/2015-04-24-gesetz-personalausweis.html> (fecha de consulta: 24/4/2015); sobre financiación del terrorismo y las reformas al respecto en Alemania, véase SIEBER, Ulrich, y VOGEL, Benjamin: *Terrorismusfinanzierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2015.

⁸¹ Crítico al respecto AMBOS, Kai: "Wer ist ein Terrorist?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, edición del 2/10/2014, p. 11 (versión en español bajo el título "¿Mi terrorista, tu terrorista?", publicada en *Ámbito Jurídico*, Colombia, edición del 13-26/10/2014, p. 11); también KREB, Claus:

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este contexto se evidencia que "el supuesto condicionamiento cultural del derecho penal",⁸² tal como fue reconocido correctamente por Vogel, constituye "en buena medida una quimera y no corresponde, o al menos no de forma reconocible, a los desafíos de la política criminal moderna como terrorismo, tráfico de personas, tráfico ilegal de drogas, criminalidad cibernética, etc."⁸³ El discurso internacional actual no está orientado por el condicionamiento cultural del derecho (penal). Por el contrario, los esfuerzos están dirigidos a capturar en el derecho el fenómeno de la

"Uno-Resolution zur Terrorbekämpfung", *Spiegel Online*, edición del 3/10/2014, disponible en: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/gesetze-gegen-terrorismus-voelkerrechtler-kress-zur-uno-resolution-a-994885.html> C: (fecha de consulta: 10/4/2015).

⁸² ["angebliche Kulturgebundenheit des Strafrechts"].

⁸³ ["weithin als eine Chimäre und betrifft gewiss nicht bzw. nicht in anzuerkennender Weise die Herausforderungen moderner Kriminalpolitik wie Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, Cyberkriminalität usw."] VOGEL: nota al pie 2, p. 29 (siguiendo con el argumento que hace alusión a la cultura, Vogel lo considera incluso "políticamente peligroso" ["politisch gefährlich"], ya que debido a su propensión etnocéntrica alimenta el chauvinismo jurídico y la pretensión de ser únicos [weil es wegen seiner "ethnozentrischen Anfälligkeit Rechtschauvinismus und Einzigartigkeitsattitüden Vorschub leistet "] [citando a MEYER, Frank: *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden; Dike, Zúrich, 2009, p. 126]; igualmente VOGEL: nota al pie 62; también VOGEL: nota al pie 37, p. 641 (apego a la cultura jurídico-penal nacional como "cuento de hadas" ["Bindung an nationale Strafrechtskultur als "Ammenmärchen"])).

globalización a través de discursos sobre pluralismo, fragmentación e interlegalidad. Esto también fue reconocido por Vogel desde el año 2002, al contraponer justamente discursos de este tipo a la oposición positivista contra la política criminal y la dogmática jurídico-penal europeas, que se fundamenta en las supuestas particularidades culturales.⁸⁴ Dicho brevemente, se trata de reconocer que tanto las sociedades como también el derecho Internacional están marcados y son influenciados por una variedad (pluralidad) de ordenamientos jurídicos y de fuentes del derecho.⁸⁵ De esto se desprende el fenómeno de la interlegalidad, es decir, de la existencia de "networks of legal orders",⁸⁶ y de la fragmentación, es decir, de la existencia de regímenes diferentes en fuentes del

⁸⁴ VOGEL: nota al pie 6, p. 520.

⁸⁵ Véase BERMAN, Paul: "A Pluralist Approach to International Law", *Yale Journal of International Law* [en línea], 32, 2007, p. 301 (302) ("varying degrees of impact"), 307, 311-322; para una teoría pluralista de cuatro niveles del derecho penal internacional, véase GREENWALT, Alexander: "The Pluralism of International Criminal Law", *Indiana Law Journal* [en línea], 86, 2011, p. 1063 (1064, 1122-1127); sobre la discusión con relación al derecho penal internacional, véase VAN SLIEDREGT, Elies: "Pluralism in International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law (LJIL)* [en línea], 25, 2012, p. 847 (847 y ss.); sobre pluralidad de métodos en las ciencias jurídicas, véase VON BOGDANDY, Armin: "Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum", *Juristen Zeitung (JZ)* [en línea], 66-1, 2011, p. 1, 5.

⁸⁶ DE SOUSA SANTOS, Boaventura: *Toward a new common sense*, Routledge, Nueva York, 1995, p. 114, entre otras, citado por VOGEL: nota al pie 6, p. 520.

derecho distintas.⁸⁷ No es posible profundizar aquí en este aspecto; sin embargo, esto muestra que el discurso del condicionamiento cultural del derecho (penal) ya está superado y que en todo caso en un mundo (jurídico) globalizado el aislamiento del ordenamiento jurídico propio no se puede ni se debe garantizar.

La mentalidad que subyace al argumento de la "defensa cultural" también permite recordar la ya citada crítica de Donini sobre la *aristocracia penal*, la cual, se debe agregar, en el lugar de la legitimación democrática del legislador pretende ubicar la indisponibilidad de categorías dogmáticas específicas como criterio para la producción del derecho.⁸⁸ Al respecto Vogel también afirmó lo correcto: "Así como el dominio de los concedores sobre los no concedores no es democrático, la legislación penal no está en las manos de los profesores de derecho penal. La expedición de normas penales es más bien cuestión del legislador parlamentario en cuanto representante inmediato del pueblo, legitimado democráticamente".⁸⁹ Esto no significa, claro está, que el legislador,

⁸⁷ Fundamental sobre desarrollo y consideración de las causas, FISCHER-LESCANO, Andreas, y TEUBNER, Gunther: *Regime-Kollisionen*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 2006, pp. 7 y ss. con más pruebas; HERDEGEN, Matthias: *Völkerrecht*, 14 Aufl. C. H. Beck, Múnich, 2015, § 5, Rn. 20 y ss.; TRACHTMAN, Joel: *The future of international law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2013, pp. 217 y ss.

⁸⁸ En este sentido probablemente también ROBLES: nota al pie 34, cuando él reclama la contención dogmática de la política criminal.

⁸⁹ ["So wenig Demokratie die Herrschaft der Wissenden über die Unwissenden ist, so wenig liegt Strafgesetzgebung in

siempre que cuente con legitimación democrática (lo que visto desde una perspectiva global no se puede exigir con facilidad en todos los casos), no deba observar ciertos límites. Él se encuentra obviamente sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales allí contenidos, a la prohibición de arbitrariedad y a nivel supranacional a los derechos humanos;⁹⁰ pero no a criterios de una supuesta lógica objetiva de carácter dogmático, mientras estos no se

den Händen des Strafrechtswissenschaftlers. Vielmehr ist es Sache des parlamentarischen Gesetzgebers als des unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentanten des Volkes, Strafgesetze zu erlassen"] VOGEL, Joachim: "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft", en SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans, y otros (eds.): *Festschrift für Claus Roxin*, Walter de Gruyter, Berlín, 2001, p. 105; en sentido similar el mismo autor, "Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht", en KEMPF, Eberhard; LÖDERSEN, Klaus, y VOLK, Klaus (eds.): *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlín, 2012, p. 205 (Introducción de responsabilidad jurídico-penal por asociación "sin estar vinculado a ninguna dogmática en particular" ["ohne an eine bestimmte Dogmatik gebunden zu sein"], 207 ("Entre las fronteras de los derechos humanos y fundamentales y de la prohibición de arbitrariedad el derecho puede determinar por sí mismo quien es el sujeto final de imputación de un comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal" ["In den Grenzen der Grund- und Menschenrechte und des Willkürverbots kann das Recht 'selbstherrlich[e]' bestimmen, wer Zurechnungsendpunkt eines strafrechtlich relevanten Verhaltens ist"])).

⁹⁰ Naturalmente, esto fue reconocido por Vogel (idem, p. 207: "Entre las fronteras de los derechos humanos y fundamentales"), de ahí que la crítica de Schünemann (SCHÜNEMANN: nota al pie 41, p. 275 con nota al pie 12), la cual ignora precisamente esta parte de la afirmación de Vogel, no tenga fundamento.

puedan desprender de la Constitución o del derecho internacional.

La pérdida de importancia de la ciencia jurídico-penal alemana se puede explicar igualmente a partir del dominio creciente del inglés⁹¹ y de la pérdida de relevancia del idioma alemán que lo acompaña, incluso en el campo del derecho.⁹² En este espacio no se puede resaltar lo suficiente la importancia del idioma para una ciencia que se basa en el lenguaje, como la ciencia jurídica. De hecho, este tema necesitaría de un tratado particular.⁹³ Pero, en todo caso, aquí deben bastar algunas consideraciones. En primer lugar se debe hacer nuevamente la siguiente diferencia: también desde este punto de vista la situación es mucho más favorable para la ciencia jurídico-penal alemana en los ordenamientos jurídicos afines al derecho penal de dicho país (como sucede en los ámbitos español, portugués e italiano) que en el ámbito angloamericano, dado que en aquellos ordenamientos jurídicos existen, por un lado, un sinnúmero de traducciones (a pesar de que algunas son de

⁹¹ Véase sobre el dominio del inglés VON BOGDANDY: nota al pie 85, p. 3 ("el idioma dominante en el discurso europeo en la mayoría de disciplinas jurídicas" ["für den europäischen Diskurs in den allermeisten juristischen Disziplinen die maßgebliche Sprache"]; BOHLANDER, Michael: "Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice", *Journal of International Criminal Justice (JICL)* [en línea]. 12, 2014, p. 491 (491 y ss.) ("lingua franca in international legal academic and practical dialogue" con especial referencia a los tribunales penales internacionales).

⁹² Algo diferente VOGEL: nota al pie 2, p. 28.

⁹³ Por ejemplo SACCO: nota al pie 71, pp. 33 y ss.

dudosa calidad) y, por otro lado, la mayoría (aunque con tendencia a disminuir) de los profesores de derecho penal activos en dichos lugares manejan en alguna medida el idioma alemán, de manera que el derecho penal alemán se recibe allí por doble vía. Empero, esto es completamente diferente en el mundo jurídico angloamericano, respecto del cual se puede afirmar casi con seguridad que no se conocen publicaciones en materia de derecho penal escritas en alemán (o en cualquier otra lengua extranjera) y que adicionalmente apenas si existen traducciones. De todas formas es bastante dudoso que las publicaciones alemanas sobre derecho penal puedan ser "traducidas" al idioma inglés, ya que este no dispone en absoluto de conceptos comparables con las categorías alemanas, al contrario de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos tradicionalmente influenciados por Alemania. En este sentido basta con pensar en conceptos sistémicos como tipo penal, dolo, injusto, culpabilidad o bien jurídico. Según mi experiencia se puede encontrar mayor receptividad en el ámbito angloamericano cuando uno se comunica directamente en inglés, ya que las traducciones por lo general no son adecuadas y por esta razón no resultan favorables a la hora de dar a conocer en otros contextos la ciencia jurídico-penal alemana.⁹⁴

⁹⁴ Como ejemplo se puede hacer referencia a la dificultad que existe para traducir al inglés el concepto de "bien jurídico" ("Rechtsgut"). La traducción literal correcta sería "legally protected good", pero, ¿esto lo entendería un colega angloamericano? En cambio, un profesor alemán de derecho penal asociaría la expresión "legal interest", la cual es quizá más entendible, con el debate sobre la teoría

La ventaja idiomática del derecho penal angloamericano es reforzada mediante una política científica exterior enfocada en la exportación. La exportación del derecho (penal) es en estos países parte de la política exterior y de desarrollo.⁹⁵ Docentes universitarios (*academics*) se vinculan estratégicamente en proyectos de reforma de sistemas jurídicos extranjeros implementados por las organizaciones de cooperación internacional. Además, juristas de otras latitudes son, en estos casos, familiarizados con el derecho de los Estados donantes mediante eventos atractivos realizados por estos. Adicionalmente, por medio de mecanismos flexibles de integración de "prácticos" en las universidades, especialmente en los Estados Unidos (por ejemplo a través de los *clinical professorships*), se produce un engranaje e intercambio estrechos entre teoría y práctica, que el sistema universitario alemán tradicional con los "en-

de los intereses ("Interesenlehre") que tuvo lugar en el siglo XIX en Alemania (véase BINDING, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung*, Band I, Engelmann, Leipzig, 1872, p. 189; "Contradicción de 'intereses jurídicos' [Widerspruch zu "Interessen des Rechts"] y VON LISZT, Franz: "Der Zweckgedanke im Strafrecht", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea], Band 3, Heft 3, p. 1 (19). En todo caso, la traducción de "gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff" como "Legislation Critical Concept of Goods-in-Law" resulta completamente incomprensible y equivoca; así ROXIN, Claus: "The Legislation Critical Concept of Goods-in-Law under Scrutiny", *European Criminal Law Review (EUCRL)* [en línea], Band 3, Heft 1, p. 3.

⁹⁵ Véase la posición antes citada del Prof. WEIMIN ZUO: nota al pie 26.

cargos" para "prácticos" (*Lehraufträge*)⁹⁶ no puede alcanzar. Así pues, la ventaja decisiva de los colegas del ámbito angloamericano, especialmente en los Estados Unidos, es probablemente la existencia de una política pública de exportación del derecho a la que ellos no solamente están vinculados, sino además a cuya configuración contribuyen activamente.

3. Cambios

Si la ciencia jurídico-penal alemana realmente quiere hacer frente a los retos internacionales necesita cambios estructurales. La *apertura metodológica* ["methodologische Öffnung"]⁹⁷ exigida por Kühl y respaldada por Vogel implica la disposición a mantener un diálogo no solo con ordenamientos jurídicos afines, sino también y sobre todo con sistemas aje-

⁹⁶ Nota del traductor: "Lehraufträge" hace alusión a los casos en los que en una universidad alemana "encarga" excepcionalmente a una persona que no tiene el título de "Professor" o "catedrático" (dado que no ha elaborado un trabajo de habilitación o "Habilitationsschrift"), para que dicte un determinado curso o seminario. Esto sucede debido a que el curso o seminario se orienta a un tema especializado y el docente encargado cuenta con amplia experiencia práctica en ese campo. Esta figura se diferencia del "Privatdozent", la cual se refiere a docentes que si bien han realizado un "Habilitationsschrift" no son titulares de una cátedra, es decir, no dirigen un departamento como funcionarios de planta en una universidad.

⁹⁷ Véase KÜHL, Kristian: "Europäisierung der Strafrechtswissenschaft", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea], Band 109, Heft 4, p. 777 (801); VOGEL: nota al pie 6, pp. 522 y ss., el mismo autor: nota al pie 2, p. 30; DONINI: nota al pie 1, p. 28.

nos. Este intercambio debe estar orientado al análisis de los resultados de la aplicación del derecho y debe depender en mayor medida de argumentos racionales y de la discusión sobre problemas sociales que de categorías dogmáticas anticuadas o de una forma de pensar en exceso sistemática y rígida.⁹⁸ El estilo de pensamiento dogmático tradicional, que a través de la referencia al derecho vigente⁹⁹ insiste en su independencia y es estructuralmente afirmativo,¹⁰⁰ debe entonces ser superado y reemplazado por otras formas de pensamiento, o al menos complementado por estas,¹⁰¹ si es que la ciencia jurídico-penal alemana no quiere morir a nivel europeo y global en el intento de mantener su "belleza dogmática".¹⁰² Como lo ha afirmado con razón el Ministro Federal de Justicia alemán, "no debemos suponer que el resto del mundo solo espera a ser bendecido con la dogmática alemana".¹⁰³ De cualquier manera, la preservación del entendimiento específico alemán de la ciencia jurídico-penal no puede constituir un fin en sí mismo. Esto solo se justifica en la medida en que la perspectiva "alemana" pueda realizar aportes constructivos a la solución de los problemas más ur-

⁹⁸ Sobre "pensamiento problema" en vez de "pensamiento sistema", véase VOGEL: nota al pie 6, p. 523.

⁹⁹ Véase nota al pie 8.

¹⁰⁰ Véase LEPSIUS: nota al pie 4, p. 75 con referencias a Eifert, Jestaedt y Stürner en notas al pie 75-78.

¹⁰¹ Ídem, pp. 73-75, 90-92.

¹⁰² Ídem, p. 87.

¹⁰³ ["wir dürfen nicht davon ausgehen, dass der Rest der Welt nur darauf wartet, mit deutscher Dogmatik beglückt zu werden"] Maas: nota al pie 15, p. 309.

gentes de la creciente internacionalización del derecho penal.¹⁰⁴

Adicionalmente, se debe reconocer, en especial por quienes se ocupan de la aplicación práctica del derecho, que la forma de pensamiento sistemático deductivo tiene límites cuando se trata de la resolución concreta de casos y que el método inductivo¹⁰⁵ al final prevalece, incluso en un ordenamiento jurídico como el alemán marcado por una teoría sistemática del delito. De hecho, en dicho contexto la formación de nuevas generaciones de juristas se enfoca precisamente en la técnica del análisis de casos (para lo cual ningún caso puede ser igual a otro). Frente a esta situación no se puede responder con el reproche de que en la práctica la aplicación del derecho tiene lugar al margen de la dogmática, lo cual resulta bastante arrogante, ni rechazar de plano teorías extranjeras,¹⁰⁶ sino mediante la comprobación de la idoneidad práctica de las construcciones y categorías dogmáticas. Esto supone en especial tener en cuenta la comprobabilidad empírica de dichas categorías, así como su comprobación por medio de los métodos de la criminología aplicada,¹⁰⁷ en

¹⁰⁴ Similar VON BOGDANDY: nota al pie 39, p. 150 con relación a la preservación de la ciencia jurídica alemana como "fin en sí mismo" ["Ziel an sich"].

¹⁰⁵ Sobre esta contraposición, VOGEL: nota al pie 6, p. 524.

¹⁰⁶ Comparar con nota al pie 41 y texto principal.

¹⁰⁷ Véase DONINI: nota al pie 1, p. 23 s., 25 (reclamando un "verdadero enfoque en los efectos" y una verdadera "verificación" por medio del conocimiento empírico). También JAREBORG: nota al pie 4, p. 50 (para quien la posibilidad de "critical analysis", es decir de comprobación, constituye una condición de la ciencia).

todo el sentido de una verdadera ciencia general jurídico-penal.¹⁰⁸

Más aún, el discurso dogmático de la ciencia jurídico-penal se debe esforzar para poder ser *entendido con mayor facilidad* y así poder ser traducido o transmitido en otros idiomas y ordenamientos jurídicos. En este sentido vale la pena la siguiente autorreferencia: desde el año 2002 con relación a la parte general del derecho penal Internacional y haciendo alusión a Jareborg,¹⁰⁹ no solamente defendí la opinión de que en el marco del derecho penal internacional un sistema del hecho punible podría reclamar validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho, sino que también afirmé que para esto dicho sistema debería ser comprensivo

¹⁰⁸ En Alemania, así como en Europa e incluso tal vez a nivel mundial, esta pretensión podía ser desarrollada (y aún debería poder serlo) siempre de la mejor manera en el Instituto Max Planck de Friburgo para Derecho Penal Internacional y Extranjero; en este sentido, véase por ejemplo el título programático de la obra homenaje al Profesor Hans-Heinrich Jescheck citada en la nota al pie 35 (*Derecho penal y criminología bajo un mismo techo [Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach]*), también SIEBER: nota al pie 35, pp. 125 s. Si esta pretensión realmente ha sido cumplida por el Instituto bajo las distintas direcciones conjuntas (*Direktorentandems*), es algo que otros deben juzgar.

¹⁰⁹ JAREBORG, Nils: "Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code", *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)*, 52, 1981, p. 520 ("The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice").

ble y capaz de dar resultados satisfactorios.¹¹⁰ Esto mismo se puede afirmar con relación a una eventual parte general del derecho penal europeo y en general al derecho comparado (sobre este último aspecto se hablará más adelante). En otras palabras, quien realmente esté interesado en un discurso jurídico-penal que trascienda fronteras, es decir, en una gramática universal del derecho penal, debería entonces partir de categorías y estructuras formuladas de la manera más sencilla posible, ya que solo de esta forma puede existir un fundamento común que posibilite el entendimiento mutuo.¹¹¹ Esto acontece en mayor medida en el marco de la jurisprudencia supranacional de los tribunales internacionales o en ordenamientos jurídicos nacionales, en donde la producción del derecho tiene lugar sobre todo a través de los jueces mismos, bien sea sobre la base de espe-

¹¹⁰ AMBOS: nota al pie 40, p. 54 ("Apertura frente a diferentes ordenamientos jurídicos así como comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas son las condiciones fundamentales para que una parte general pueda merecer y esperar aceptación en el derecho penal internacional" ["Offenheit gegenüber unterschiedlichen Rechtsordnungen sowie Verständlichkeit und Praktikabilität der vorgeschlagenen Regelung sind also die Grundvoraussetzungen eines Allgemeinen Teils, der völkerstrafrechtliche Akzeptanz verdient und erwarten darf"]).

¹¹¹ De la misma manera DONINI: nota al pie 1, p. 31 con nota al pie 52 ("partir de estructuras y categorías conceptuales más sencillas... o de principios político-criminales o constitucionales comunmente reconocidos" ["von einfacheren begrifflichen Strukturen und Kategorien... oder von allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen oder kriminalpolitischen Grundsätzen auszugehen"]); contra Silva Sánchez).

cificaciones legislativas y/o por medio de su desarrollo posterior.¹¹²

Esto también tiene consecuencias en la *discusión sobre el idioma*, a la cual ya se hizo referencia. Si es cierta la objeción que plantean algunos profesores alemanes de derecho penal según la cual las ideas altamente complejas de la dogmática jurídico-penal alemana no se pueden traducir al idioma inglés, es entonces el momento de reflexionar si el problema radica realmente en este idioma o si más bien la razón se debe buscar en la dificultad intrínseca de estas ideas para ser transmitidas y en su poca plausibilidad. En este mismo sentido Vogel afirmó anticipadamente: "Si bien no todas las sutilezas de la dogmática jurídico-penal alemana se dejan traducir a todos los idiomas extranjeros, particularmente al inglés, lo que yo sin embargo ni siquiera puedo parafrasear en otros idiomas, da lugar a reflexionar no solamente sobre su capacidad para ser aceptado a nivel internacional y europeo, sino también sobre su corrección".¹¹³

¹¹² Con relación al derecho penal internacional, véase en este sentido DARCY, Shane, y POWDERLY, Joseph: *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2010; sobre derecho europeo, MÜLLER, Friedrich, y CHRISTENSEN, Ralph: *Juristische Methodik*, Band II, *Europarecht*, 3 Aufl, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, pp. 194 y ss. (p. 527: "Producción del Derecho en colaboración con el legislativo" ["Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit der Legislative"]).

¹¹³ ["Zwar mögen sich nicht alle Feinheiten der deutschen Strafrechtsdogmatik in alle fremde Sprachen und namentlich ins Englische übersetzen lassen; was ich aber in anderen Sprachen nicht einmal umschreiben lässt, gibt Anlass, nicht nur über seine internationale und europäische Anschlussfähigkeit, sondern auch über seine sachliche Richtigkeit nachzudenken"] VOGEL: nota al pie 2, p. 28.

Vogel también reclamó la intensificación del *de-recho comparado*.¹¹⁴ Al respecto es necesario insistir, en que éste no se debe llevar a cabo desde la perspectiva dogmática nacional,¹¹⁵ sino desde un punto de vista funcional; es decir, orientado al análisis de problemas comunes en los ordenamientos jurídicos objeto de comparación, para establecer el rol o la función cumplida por las instituciones jurídicas existentes en cada contexto, con miras a la solución de dichos problemas y así hacer posible la comparación entre las instituciones (funcionalmente) equivalentes de ordenamientos jurídicos ajenos, sin la carga o preconceptos dogmáticos del sistema jurídico propio.¹¹⁶ Adicionalmente, se debe tener en cuenta que

¹¹⁴ VOGEL: nota al pie 2, p. 28; antes también VON BOGDANDY: *Deutsche Rechtswissenschaft*, cit., p. 4 (Derecho comparado como "Oficio de la época" ["Beruf der Zeit"]); sobre el aumento en general de la importancia del derecho comparado, véase SIEBER: nota al pie 35, pp. 80 y ss. (con cinco razones); también SIEBER: nota al pie 35, pp. 52 y ss.; VON BOGDANDY: nota al pie 39, pp. 144-146 (en especial con relación al derecho de la UE).

¹¹⁵ Por ejemplo JESCHECK, Hans H.: *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Mohr, Tubinga, 1955, pp. 36 y ss. Jescheck proponía partir del punto de vista dogmático o político criminal propio (primer nivel), para interpretar posteriormente el derecho extranjero (segundo nivel), después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar desde el punto de vista político y jurídico (cuarto nivel). Crítico, con razón, por ejemplo NELLES, Ursula: "Rechtsvergleichung per Internet?", en ARNOLD, Jörg; BURKHARDT, Björn, y otros (eds.): *Menschengerechtes Strafrecht*, C. H. Beck, Múnich, 2005, p. 1005 (1009).

¹¹⁶ Véase AMBOS: nota al pie 40, pp. 44 s.; fundamental MICHAELS, Ralf: "The Functional Method of Comparative Law", en REIMANN, Mathias, y ZIMMERMANN, Reinhard: *The*

un método basado en el estudio de casos permite establecer con mayor exactitud las diferencias entre distintos sistemas jurídicos a nivel de la aplicación del derecho,¹¹⁷ en todo el sentido del ya mencionado método inductivo.¹¹⁸ Naturalmente, desde el punto de vista funcional también se debe observar el contexto cultural y social¹¹⁹ en el que operan las instituciones jurídicas específicas.¹²⁰ En este sentido también aquí se debe proceder de manera empírica¹²¹ y, al contrario de la usual implementación automática de instituciones foráneas,¹²² según el caso se debe

Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, pp. 339 y ss. (crítico frente al uso ambiguo y a menudo arbitrario del concepto como "shorthand for traditional comparative law" (p. 341) y "triple misnomer" (p. 342) y en lugar de esto a favor de un "more robust functional method" sobre la base de un "equivalence functionalism" y de una "epistemology of constructive functionalism", (p. 381); véase también SIEBER: nota al pie 35, pp. 112-114, con una innovadora propuesta de una teoría del derecho comparado, pp. 126-129, cuya mayor elaboración aún está pendiente (véase más adelante nota al pie 139); abogando por mayor desarrollo, KUBICIEL: nota al pie 71, p. 222.

¹¹⁷ Véase también SIEBER: nota al pie 35, p. 118.

¹¹⁸ Véase nota al pie 105 y texto principal.

¹¹⁹ Con material ilustrativo JUNG: nota al pie 71, pp. 1475 y ss.

¹²⁰ Sobre los factores que caracterizan un ordenamiento jurídico, bien sean verbalizados ("Formanten") o implícitos ("Kryptotypen"), véase SACCO: nota al pie 71, pp. 59 y ss., 61 y s., 74.

¹²¹ Véase nota al pie 107 y texto principal. Sobre derecho comparado con enfoque empírico véase por ejemplo SACCO: nota al pie 71, p. 65; NELLS: nota al pie 115, pp. 1013 y ss.; MICHAELS: nota al pie 116, p. 342 ("functionalist comparative law is factual").

¹²² Al respecto véase WATSON, Alan: *Legal transplants: an approach to comparative law*, Scottish Academic Press.

realizar la adaptación de estas instituciones a cada contexto.¹²³ El método funcional permite tener en cuenta las particularidades culturales,¹²⁴ sin predicar un derecho comparado demasiado ambicioso concentrado en exceso en el estudio de cada cultura [“eine kulturbezogene Strafrechtsvergleichung”].¹²⁵

Por otro lado, en tiempos de los tribunales penales internacionales el método funcional del derecho comparado no debe ser implementado solo de manera horizontal comparando Estados. También se debe indagar, desde una perspectiva vertical, en qué me-

Edimburgo, 1974; crítico sobre la imposición de derecho penal extranjero, ESER: nota al pie 35, pp. 1459 y s.

¹²³ Sobre la dependencia del contexto y la exigencia de cambios en la teoría cuando esta es aplicada en ordenamientos jurídicos diferentes [“Kontextwechsels der Theorien”], véase YAMANAKA, Keiichi: “Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg”, en JEHLE, Jörg-Martin; LIPP, Volker, y YAMANAKA, Keiichi (eds.): *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*, Univ.-Verl. Göttingen, Göttinga, 2008, p. 173 (174 y s.); sobre comparación de estructuras (*Strukturvergleichung*) en este sentido SIEBER: nota al pie 35, pp. 116 y s.

¹²⁴ De la misma manera, MICHAELS: nota al pie 116, pp. 362, 365, 381; KUBICIEL: nota al pie 71, p. 214.

¹²⁵ BECK: nota al pie 71, pp. 65 y ss.; crítico FATEH-MOGHADAM, Bijan: “Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung”, en BECK y otros (ed.): nota al pie 46, pp. 49 y s.; reconcilia ambas posiciones PERRON, Walter: “Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung”, en ídem, pp. 121 y ss. (por medio de la diferenciación entre el enfoque operativo-funcionalista en el marco del análisis comparado del derecho a nivel legislativo y el enfoque dirigido a la comparación de culturas en la unificación del derecho penal a nivel internacional); también media KUBICIEL: nota al pie 71, p. 216 (comparación parcial de la cultura [*partieller Kulturvergleich*]).

En la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha visto influenciada por el derecho interno y, al contrario, de qué forma este último ha sido influenciado por el derecho internacional.¹²⁶ En este sentido es posible hablar de un *derecho comparado con carácter circular*, el cual resulta más adecuado que el muy ambicioso enfoque tradicional¹²⁷ para

¹²⁶ Véase SHELTON, Dinah: *International law and domestic legal systems*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2011; KRISTJÁNSDÓTTIR, Edda; NOLLKAEMPER, André, y RYNGAERT, Cedric: *International Law in Domestic Courts*, Intersentia, Cambridge, 2012; con relación a la influencia del derecho penal internacional a nivel doméstico, véase BURKE-WHITE, William: “The Domestic Influence of International Criminal Tribunals”, *Columbia Journal of Transnational Law (Colum. J. Transnat'l L)* [en línea], 46, 2007-2008, p. 279; KIRS, Eszter: “Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina”, *Göettingen Journal of International Law (GoJIL)* [en línea], 3, 2011, p. 397; HOROVITZ, Sigal: “How International Courts Shape Domestic Justice”, *Israel Law Review (Isr. L. Rev.)* [en línea], 46, 2013, pp. 339 y ss.; NAOMI, Roht-Arriaza: “Just a ‘Bubble’?”, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* [en línea], 11, 2013, pp. 537 y ss.; SHANY, Yuval: “How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings?”, *Israel Law Review (Isr. L. Rev.)* [en línea], 46, 2013, pp. 431 y ss.

¹²⁷ Cuyo objetivo de incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido sobre el derecho civil véase RABEL: nota al pie 69, p. 283: “Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo comprensible para cualquiera con intuición” [“Tausendfältig schillert und zitiert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes”]) es, por

desarrollar principios y reglas realmente universales que tengan como fuente la jurisprudencia supranacional misma.¹²⁸ Este enfoque circular también tiene en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, sobre todo como se han construido en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, ya que permite entender de una mejor manera al nivel supranacional como nivel autónomo de producción de normas jurídicas.¹²⁹

Naturalmente, dicho análisis comparado del derecho penal no debe ser puramente instrumental ni

muchas razones, muy difícil de realizar, particularmente debido a que el derecho comparado clásico, el cual curiosamente ha formulado esta pretensión, tenía un enfoque demasiado eurocentrista (muy poco crítico en este sentido, SIEBER: nota al pie 35, p. 111 s., quien en todo caso y con razón señala el problema de sistematización, pp. 114-116, el cual probablemente en efecto solo se puede superar con ayuda de medios informáticos; sobre derecho comparado apoyado en medios informáticos véase, aunque solo rudimentariamente, ídem, pp. 124 y s.).

¹²⁸ Véase, en general, sobre la relación entre derecho comparado y jurisprudencia internacional RABEL: nota al pie 69, pp. 5 y ss.; sobre derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional, BOTHE, Michael: "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* [en línea], 36, 1976, p. 280; más específico sobre el desarrollo de principios generales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales RAIMONDO, Fabián: *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*, Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 84 y ss.

¹²⁹ Sobre la necesidad de enfoques multidisciplinarios, MEYER, Frank: "Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung", en Beck y otros (ed.): nota al pie 46, pp. 90 y ss.

su valoración puede depender únicamente de sus resultados.¹³⁰ Por el contrario, este se debe orientar, en cuanto derecho comparado valorativo (*wertende Rechtsvergleichung*)¹³¹ y al igual que lo debe hacer el legislador democrático,¹³² por las decisiones axiológicas constitucionales que en términos de derechos humanos han adoptado los Estados liberales de derecho.¹³³ Estas constituyen únicamente decisiones

¹³⁰ Crítico en este sentido VOGEL: nota al pie 46, p. 207; posteriormente HAUCK, Pierre: "Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechts-harmonisierung in der Europäische Union", en Beck, y otros (ed.): nota al pie 46, p. 260; KUBICIEL: nota al pie 71, pp. 218 y s.; ESER: nota al pie 35, p. 1460; véase también MICHAELS: nota al pie 116, p. 351.

¹³¹ Sobre este concepto, que aún debe ser aclarado, véase JUNG, Heike: "Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 152, 2005, pp. 1 y ss.; en contra de realizar valoraciones (Wertung) como parte del derecho comparado (lo cual pertenece a la crítica del derecho que "la comparación hace posible" ["durch sie ermöglichten Rechtskritik"]) RABEL: nota al pie 69, p. 280 (véan se sin embargo pp. 286 y ss., en donde él reclama mayor crítica del derecho, así como mayor consideración de aspectos políticos y de mejora del ordenamiento jurídico); fundamental al respecto y sobre la historia del concepto véase ESER: nota al pie 35, pp. 1443 y ss.; sobre derecho penal comparado y comparación de valores ("wertvergleichende Strafrechtsvergleichung") SIEBER: nota al pie 35, pp. 119 y ss.; sobre "values" y "evaluation" en la dogmática jurídica, JAREBORG: nota al pie 4, p. 57.

¹³² Véase nota al pie 90 y texto principal.

¹³³ Para un fundamento axiológico a partir de los derechos humanos, véase también JUNG, Heike: *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Haupt, Berna, 1992, pp. 43-48; SIEBER: nota al pie 35, pp. 121 y s. ("Orientación al ser humano en una sociedad abierta y así al principio general de la libertad" ["Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen

sobre valores fundamentales que tienen lugar en una meta-nivel y que por tanto se deben especificar de manera intersubjetiva en el marco de un proyecto de investigación comparativo concreto.¹³⁴ El análisis comparado del derecho penal así entendido (más allá de la clásica distinción entre derecho penal comparado teórico, legislativo y judicial)¹³⁵ puede ser considerado entonces y sin lugar a dudas como el método de la dogmática jurídico-penal.¹³⁶ Se trata, por consiguiente, de establecer los fundamen-

Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip..."); también ESER: nota al pie 35, pp. 1463 y s.; antes también AMBOS: nota al pie 40, p. 45.

¹³⁴ Véase SIEBER: nota al pie 35, pp. 119-123 (separando acertadamente las preguntas previas de la valoración como tal: 1) comparabilidad del objeto de regulación [situación problemática comparable], 2) comparabilidad de los parámetros de evaluación, y 3) comparación de las reglas concretas); también SIEBER: nota al pie 35, pp. 53 y ss.; crítico desde la perspectiva de un derecho penal comparado "evaluativo-competitivo", ESER: nota al pie 35, pp. 1446, 1449 y ss., haciendo referencia a un derecho comparado cuyos "objetivos propuestos ... pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la competencia impulsada por intereses..." ["Zielsetzungen... von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können..."] (pp. 1453, con más detalle 1454 y ss.) y diferenciando entre funciones y métodos (pp. 1450 y ss., 1460 y ss.); crítico sobre las posibilidades limitadas de la valoración por medio del método funcional, MICHAELS: nota al pie 116, pp. 342, 373 y ss., 375.

¹³⁵ Al respecto ESER, Albin: "Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung", en ALBRECHT, Hans J., y otros (eds.): *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*, Band 2, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, pp. 1506 y ss.

¹³⁶ Véase DONINI: nota al pie 1, p. 30.

tos¹³⁷ y de investigar los efectos de las instituciones jurídicas en diferentes sociedades y su posible validez intercultural,¹³⁸ como parte del camino (desde luego pedregoso) hacia una ciencia jurídico-penal universal.¹³⁹

Finalmente, en lo que concierne a *tipo y forma del discurso de la ciencia jurídico-penal*, se debe llamar nuevamente la atención sobre la crítica a la *aristocracia penal*, ya que es aquí en donde probablemente dicha crítica es más pertinente. La aper-

¹³⁷ Sobre derecho penal comparado como forma de indagar fundamentos, SIEBER: nota al pie 35, pp. 94 y s., 109 y s.; como asignatura fundamental desde una perspectiva histórica KOCH: nota al pie 34, pp. 1435 y ss.

¹³⁸ Sobre el "principio de generalización" ["Verallgemeinerungsprinzip"] en este contexto, el cual hace referencia a la posibilidad de generalizar a nivel transnacional ideas o instituciones jurídicas, véase VON BOGDANDY: nota al pie 85, p. 4.

¹³⁹ SIEBER: nota al pie 35, pp. 129 y s., frente a lo cual se debe permitir preguntar, qué ha sucedido con el ambicioso "Sistema de Información-Max Planck para el Derecho Penal Comparado" ["Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung"] (idem, pp. 124, 129). De la página web del Instituto Max Planck se desprende que en el marco del proyecto que ha transcurrido desde 2004 hasta 2015 han sido analizados 25 ordenamientos jurídicos con relación a distintos problemas de la parte general del derecho penal y que han aparecido varios volúmenes; sin embargo, la información (¿aún?) no es accesible de manera virtual (como los conceptos "Informationssystem" o "virtuelles Institut" permiten suponer), véase <https://www.mpic.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> (fecha de consulta: 23/6/2015). La idea original del proyecto fue presentada en el Instituto en el año 2002 por Ursula Nelles por invitación del director de ese entonces, Eser; véase NELLS: nota al pie 115, pp. 1005 y s. con nota al pie 1, 1016 s.

tura hacia afuera, es decir, frente a ordenamientos jurídicos extranjeros, por la que se aboga en este texto, no solamente supone un conocimiento mínimo previo (en este sentido el derecho penal comparado también constituye un método empírico-normativo idóneo para la adquisición de información),¹⁴⁰ sino que también exige sobre todo la disposición para hacer parte de un discurso democrático y libre de jerarquías sobre la calidad del argumento del contrario, independientemente del estatus y de la procedencia de los interlocutores. Lo que a nivel legislativo (jurídico y político) constituye la legitimación procedimental a través del entendimiento mutuo (dado el caso recurriendo a la teoría del discurso de Habermas),¹⁴¹ equivale en contextos académicos, por ejemplo en el más bien apolítico microcosmos del seminario o *workshop*, a la discusión en principio libre de relaciones de poder, en donde el objetivo es el entendimiento comunicativo en torno a argumentos racionales en vez de la afirmación de estatus.¹⁴² Esto se puede lograr, tal como lo muestra la práctica académica angloamericana,¹⁴³ por medio de pequeños cambios metodológicos y prácticos, como por ejemplo con la abolición

¹⁴⁰ Véase DONINI: nota al pie 1, p. 32.

¹⁴¹ Véase en este sentido VOGEL: nota al pie 89, pp. 110 y ss.

¹⁴² En este sentido VOGEL: nota al pie 6, p. 523 ("poder del mejor argumento" ["Kraft des besseren Arguments"]).

¹⁴³ Similar VON BOGDANDY: nota al pie 85, p. 3 ("En general, la ciencia continental podría sacar provecho del estilo discursivo anglosajón" ["Insgesamt dürfte die kontinentale Wissenschaft vom diskursiveren angelsächsischen Stil profitieren"]).

de la (en muchos casos leída) clase magistral, o por lo menos con la reducción en los diferentes eventos académicos del tiempo de exposición en favor del aumento del tiempo de discusión de las tesis relevantes, incluyendo comentarios realizados por investigadores "junior" sobre artículos o textos escritos por investigadores "senior".¹⁴⁴ Más aún, en lo que tiene que ver con las publicaciones académicas, la introducción generalizada del sistema de doble revisión ciega de pares puede hacer que la atención se centre más en la calidad de las contribuciones (artículos, capítulos de libro, etc.), dejando de lado el estatus o procedencia de los autores, dado que, en concreto, quien no entrega una contribución a los profesores editores de una revista científica especializada de forma anónima está sometido a una preselección, de la que los editores difícilmente pueden escapar, en la que el estatus y la procedencia del autor se convierten en criterios determinantes. Esto solo se puede evitar si las contribuciones son entregadas de forma anónima, por ejemplo mediante un servidor web, e igualmente son evaluadas de forma anónima por pares académicos. Por otro lado y para terminar, la recepción de la avalancha de literatura científica

¹⁴⁴ Más concreto aún con base en mi experiencia en los Estados Unidos: envío previo de los papers y cinco minutos para que los expositores resuman las tesis principales, con crítica subsiguiente de un comentador designado con anterioridad y finalmente apertura de la discusión con los demás participantes del evento en forma de seminario o *workshop*.

se podría facilitar, si los *abstracts* que resumen las tesis principales fueran introducidos en las publicaciones académicas alemanas de manera obligatoria.¹⁴⁵

Todas estas son con seguridad reflexiones controvertidas y en parte también provocadoras, pero estoy seguro de que encontrarían en buena medida la aprobación de Joachim. Lamentablemente, él ya no las puede defender con el poder de convicción que le era propio.

¹⁴⁵ Aquí la ciencia jurídico-penal alemana también se queda atrás frente a los ámbitos con los que tradicionalmente ha sido más afín, como lo muestran las revistas sobre derecho penal en español, las cuales, en su mayor parte, incluyen normalmente *abstracts* incluso en varios idiomas (aunque en ocasiones con un inglés deficitario).

EPÍLOGO

La monografía de Kai Ambos es un perro que intenta morderse su rabo: una reflexión acerca del sentido, alcance y resultado del propio trabajo. No está solo, su análisis parte de una serie de informes previos que indican una cierta decadencia en la calidad y, por consiguiente, en la influencia internacional de la ciencia jurídico-penal alemana. El homenajeado con la contribución de Ambos, Joachim Vogel, fue uno de quienes, en un artículo publicado en el mismo año de su trágica muerte, advirtió acerca un arte endogámico, inflexible y muy pagado de sí mismo. Por ello es tan adecuado el tributo de Ambos a un autor del cual es a su vez tributario. Pero Ambos, con destacables autocrítica y valentía, va más lejos.

Aquí llegados, el lector ya sabe qué problemas del estado actual de la ciencia penal alemana inquietan al autor de la monografía precedente. Este epílogo, frente a su extraordinario y tan documentado trabajo, pretende, desde el sinnúmero de limitaciones que me agobian, polemizar con la preocupación de Ambos solamente en un par de aspectos, relativos ante todo al tono de su enfoque.

Uno de los puntos a destacar del tema estudiado es la comprobación de la existencia de un trabajo en equipo. La ciencia jurídico-penal alemana es la obra continua, progresiva y entrelazada de varias generaciones de intelectuales que han reflexionado eruditamente sobre la cuestión penal para fundar creativamente, desarrollar imaginativamente y mejorar innovativamente un sistema dogmático que se justifica por su fin, siempre tendencial, de evitar, como sintetizó de modo magistral Welzel, la aplicación arbitraria y caprichosa del derecho punitivo.

El lamento por la pérdida de relevancia de la ciencia jurídico-penal alemana en el mundo no parece justificado, en el sentido, al menos, de gritar ¡alarma! Esto no significa que no pueda ser apreciable, como lo sostiene Ambos y muchas de las informaciones en las que está documentado su trabajo, una merma en la calidad del producto. En todo caso, ese menor rendimiento de las elaboraciones, que el autor descubre en el apartado 1. (presentación del estado de la cuestión) y que tiene sus razones en 2. (hipótesis explicativas), es el estímulo que lo lleva a señalar los cambios que propone en 3. (propuestas de superación). Esto es algo que, lejos de ser alarmante, debe ser bienvenido. Por eso me permito impugnar el tono casi apocalíptico con el que Ambos y algunas de sus fuentes califican el modelo (aristocrático, poco democrático, autoritario, incomprendible, arrogante) y reemplazarlo por una optimista invitación a trabajar para mejorarlo, perfeccionarlo y, si fuera el caso, dotarlo de la gloria y del esplendor que tuvo antaño.

Asimismo, las quejas por la ausencia de reciprocidad por parte de los científicos alemanes (exportadores) hacia sus colegas de los países de recepción del saber penal a la alemana (importadores) son algo exageradas. Las razones por las cuales muchos juristas del mundo pusieron su mirada en los desarrollos alemanes en derecho penal son las mismas que explican por qué los expertos de Alemania no la pusieron en otros sitios. Si un jurista de Colombia, por ejemplo, se interesó por la ciencia penal alemana y no por la panameña, por qué un alemán sí debería interesarse por la ciencia del derecho penal de Panamá. Precisamente en el ámbito académico es de esperar la no aplicación de criterios de amabilidad diplomática, para que su lugar lo ocupe, como lo propone Ambos, la calidad del modelo, sistema, obra o autor a considerar, con independencia de su origen, nacionalidad, residencia o actitud hacia el mundo. No se trata, en esto, de que Alemania deba tener una embajada penal en todo país que tenga un embajador en Alemania.

Eso, respecto de ordenamientos jurídicos homogéneos. Hay que aceptar que más difícil aún resulta la comunicación entre sistemas heterogéneos. Por ello, si bien el conocimiento de cualquier otro sistema enriquece al experto y es por tanto una bendición, no es esperable demasiado del intercambio que puedan tener los estudiosos de ordenamientos de derecho judicial con los de sistemas codificados. Son distintas tradiciones bien arraigadas, que se pueden comprender y en algún punto imitar, pero que no permiten una estrecha relación *import-export*, al menos no mientras cada parte esté bastante con-

forme con el funcionamiento de su mundo. Ello no debe, como bien sostiene Ambos, llevar a la subestimación de lo *extraño*. Antes bien, es un incentivo para conocerlo y dominarlo, aunque después puedan ser rechazadas, con todo respeto, las admirables construcciones del modelo ajeno, si se cree que otras, eventualmente las propias, son, con fundamento, mejores. En última instancia es una cuestión de argumentos (de un "discurso teórico y filosófico exigente y riguroso" habla Ambos en un pasaje de su texto definiendo el usual *poder del argumento*). Todo ello sin considerar que no se puede reprochar a ningún gremio jurídico penal no prestar demasiada atención, por ejemplo, a las instituciones penales de tradición árabe. Ambos menciona una cultura penal universal, pero aclara "o en todo caso occidental". Encuentro buenos motivos para reducir, tal como está hoy reducida, la cultura jurídica universal a la occidental. Lo que no encuentro es justificación para, después de eso, emprenderla contra una ciencia del derecho por ser poco democrática.

En lo que a problemas de parte general se refiere, la decadencia y el provincianismo se circunscriben a la elaboración teórica alemana (no a la legal) y el autor no enuncia una sola construcción de parte general del resto del mundo que deba ser importada por Alemania en razón de sus ventajas frente a los productos locales. Si, como menciona Ambos, la CPI y Perú (también, antes, limitadamente la Argentina), recurrieron a una tesis de Roxin fue porque la necesitaban y Roxin la tenía, de modo que tal vez Roxin recurra a la CPI, a Perú o a la Argen-

tina cuando sus sistemas le ofrezcan una solución que no tenga para una necesidad científica que no pueda satisfacer mejor de otra manera.

El reproche en materia de parte especial me parece no sustentable plenamente. Aquí el autor cambia el enfoque y, ante su devaluación (no puedo afirmar si correcta o equivocada) de las construcciones sistemáticas en la materia, se dirige a la legislación para fundar el aislacionismo alemán. Sin embargo, sus propias consideraciones sobre las obligaciones externas de codificar muestran que sobre todo en este tema la acusación es débil: nada hay más internacional que las legislaciones de parte especial del presente, impuestas por igual a todos los países por un sinnúmero de fuentes internacionales: tratados, organizaciones, tribunales, acuerdos, grupos de acción, etc. Ambos puede presentar un solo caso de rechazo alemán a esas obligaciones: la tipificación especial de la tortura, respecto del cual, incluso, considera plausibles las razones de un rechazo, que no comparte, pero que es, en el mejor de los casos, una muestra insignificante. Y en esta materia el futuro será de una mayor sumisión nacional todavía.

En el plano del procedimiento el autor no se detiene ni en la teoría ni en aspectos normativos aislados, sino en todo el sistema. Aquí tampoco advierto desventajas para Alemania que puedan ser atribuidas a un pedante chauvinismo. La parte posiblemente decadente del estado de cosas actual se debe no al provincianismo, sino a una puesta al día internacional del derecho procesal penal alemán que ha tomado del resto del mundo las peores instituciones del enjuiciamiento (por ejemplo, las infaustas condena-

ciones sin juicio [*Absprachen*], las mayores medidas de seguridad y las extensas disposiciones de vigilancia de las personas). En esto Alemania es un Estado policial y extorsionador más, como cualquier otro de esta época. Aquí un provincianismo, que brilla por su ausencia, habría servido para preservar el Estado de derecho. Lo mismo sucede con el denominado *proceso adversarial*. Llamativamente Ambos sostiene que Alemania, también en esto, no mira a Italia, pero desatiende que hacerlo sería como mirarse a sí misma, pues Italia en los años ochenta fundó su reforma en la modificación del derecho procesal penal alemán. Adicionalmente, sin control de calidad, no entiendo qué ventaja tiene ponerse a la vanguardia de la moda internacional. Podrán llamarlo adversarial, pero si la clave de funcionamiento de estos modelos procesales es (y lo es) obtener el reconocimiento del imputado para aplicarle sin juicio una pena en modo *rebajas*, el régimen es, en realidad, inquisitivo. Las amplias reglas de disponibilidad de la acción de exclusivo resorte fiscal, sin las cuales no pueden funcionar esos modelos, tampoco deberían entusiasmar al legislador alemán para que amplíe las que, por cierto, ya tiene como pionero en suelo continental. Ni qué decir de la sabia decisión del derecho alemán de no importar de España y Latinoamérica la introducción del acusador particular junto al fiscal en los delitos de acción pública; un engendro que no se atrevió a crear ni el ECPI (Código de Derecho Penal Internacional alemán). De nuevo: un mejor proceso justo es siempre bienvenido. Con más juicio contradictorio, desde ya (modelo de "dos casos"), como lo pide Ambos. Pero en ese camino sería preferible,

antes que importar más instituciones *adversariales*, expulsar algunas de ellas, empezando por las sentencias condenatorias sin juicio.

Parece tener razón Ambos en el descuido en la elaboración más detenida de reflexiones sobre política criminal. Pero no es seguro que esto se deba a un provincianismo arrogante. Quizás se deba a una ausencia de orientación hacia el tema de parte de los formadores de los estudiosos, o bien sea el resultado de una falta de incentivos para desarrollar esos estudios, por ejemplo por no ser un tema de moda. Comoquiera que sea es un buen hallazgo para sugerir y fomentar los cambios necesarios, sin perder de vista que, tal como es sostenido en el texto de Robles Planas criticado por Ambos, el derecho (su articulada interpretación) sigue siendo el límite de la política criminal.

En cuanto a la jurisprudencia, la regla constitucional de no aplicar derecho extranjero, en parte objetada por Ambos, parece plena de sentido, en su ámbito de aplicación: un tribunal alemán no debería prescindir de aplicar la pena prevista por el StGB a un homicidio e imponer, por ejemplo, la prevista por el Código Penal ruandés. De modo que el derecho extranjero no puede ser más que una guía interpretativa para supuestos similares sin solución inobjetable en casa, algo que Ambos destaca al proponer, entre sus cambios, una mejor articulación, más funcional, del derecho comparado. En el terreno jurisprudencial reaparece el problema de la sumisión de los tribunales nacionales a los internacionales, pues el autor encuentra siempre valiosa la aplicación nacional de los criterios internacionales sin consideración a la

calidad jurídica del patrón aplicado, en términos, por ejemplo, de ser o no más favorable al individuo enfrentado al poder del Estado. En el caso utilizado por Ambos para ilustrar la rebelión de un tribunal alemán contra el TEDH, la jurisprudencia de este último era más favorable para el individuo, pero no es este el argumento del autor para exigir su respeto. Al igual que con la aplicación de normas de origen internacional, se debilita aquí la objeción antide-mocrática, pues es mucho más democrática la creación nacional de derecho penal y procesal penal, lo mismo que la organización, funcionamiento y control de los tribunales que emiten la jurisprudencia local, que la de los órganos de tratados internacionales que imponen normas y sientan jurisprudencia. En cambio, la acusación de autoritarismo queda equilibrada, pues si la ciencia del derecho penal alemán podría ser tal vez autoritaria, la obligación de aplicar siempre la jurisprudencia de órganos internacionales, por definición poco democráticos, es siempre autoritaria.

El autor destaca la importación a Alemania del derecho penal del ECPI como uno de los pocos casos en que su país mira más allá de sus muros. Como en todo el apartado 1. *Hallazgos*, la crítica al provincianismo arrogante oscila de la legislación, como aquí, a la ciencia o a la jurisprudencia, según el tema escogido para presentar los descubrimientos.

Ese ir y venir entre creación de normas, emisión de jurisprudencia y elaboración científica, todo regido por un provincianismo arrogante, aristocrático, poco democrático, autoritario, se mantiene en el campo de las explicaciones de por qué Alemania genera

inmunidad a la internacionalización y globalización de estos distintos segmentos del aparato jurídico nacional (apartado 2. *Razones*). Habría una tradición alemana, de Savigny a Jakobs, según la cual el derecho penal es el de mayor arraigo como catálogo de valores morales en una sociedad determinada. Ambos contraponen a eso el denominado derecho penal de los derechos humanos, algo, como es sabido, que remite a un uso del aparato penal para la protección de los valores más sagrados de los seres humanos. Es decir, lo mismo que hace el derecho penal alemán: es la misma cultura. El llamado derecho internacional de los derechos humanos, plasmado en pactos, convenios y tratados (CEDH, PIDCP, CADH, etc.) no es otra cosa que la internacionalización de los derechos constitucionales de las democracias occidentales.

La falta de actualización, de la que se queja nuestro autor, para incorporar a la legislación local los estereotipos de las nuevas cruzadas punitivas (lucha contra el terrorismo, guerra a las drogas, combate contra la criminalidad organizada) es, seguro, una cuestión de tiempo, pero, dudosamente, algo bueno.

La sentencia de Ambos (con Vogel), acerca de que es más democrático un derecho penal hecho por legisladores y no por profesores, es tan acertada como incompatible con su creencia constante según la cual más democrático que ese derecho nacional de parlamentarios es el internacional hecho por diplomáticos burócratas de muy baja legitimación popular.

El problema de traducción que presentan los componentes institucionales de un sistema para que se entiendan en otro no es una demostración de la pérdi-

da de protagonismo de una ciencia penal, como la alemana, que no se expresa en inglés ni se deja traducir al inglés, es simplemente la consecuencia necesaria de la diversidad del mundo, de sus lenguas y de sus instituciones. No hay nada de malo en ello, es una limitación con la que se debe vivir. Sin perjuicio de la aparición de obras extraordinarias, como las de Ambos, que dominan el sistema continental y el angloamericano y los armonizan extrayendo lo mejor de cada casa, todo presentado en varias lenguas.

Acerca de la supremacía del inglés sobre cualquier otro idioma, que Ambos también describe, no se puede decir nada, se trata, solamente, de constatar un hecho muy notorio. Así era con el latín hasta no hace tanto. Lo mismo vale para el carácter consecuentemente colonizador que tienen los productos, también los académicos, de potencias que han llegado a ser tales gracias a su espíritu de conquista: está en su naturaleza.

Si modestamente es posible poner en duda las desventajas que Ambos ve en el estado actual de la ciencia jurídico-penal alemana, sus propuestas para aumentar la calidad del producto son, en cambio, mayormente muy atractivas (apartado 3. *Cambios*).

Intercambio, diálogo, apertura, flexibilización son algunas de las palabras que usa el autor para proponer un método de elaboración del conocimiento penal que sea, también en Alemania y desde Alemania, más rentable para la solución adecuada, fundada en argumentos racionales y en su idoneidad práctica, de los problemas sociales, de alcance internacional, que están detrás de los casos penales.

Ambos sueña con una "gramática universal del derecho penal", pero su método de obtenerla por medio de una simplificación de la técnica ("categorías y estructuras formuladas de la manera más sencilla posible") puede convertirse en una pesadilla: hay situaciones en las cuales las dificultades son irreducibles y la optimista pérdida de conciencia acerca de las complicaciones del asunto lleva a resultados catastróficos, tal como sucede con la práctica habitual de los jueces que a mayor incertidumbre probatoria más seguros se sienten de haber encontrado certeza, pues siguen el método de Alejandro Magno de resolver lo difícil con el golpe tajante de la espada.

La propuesta interesante de Ambos, verdadero desafío, es aquí conseguir la comunicabilidad científica del derecho penal en una *lingua franca*, sin duda el inglés, sin perder complejidad, allí donde haya esa dificultad. Acerca de esta evolución sería conveniente conocer lo que está sucediendo en otros campos del ordenamiento jurídico, desde el derecho comercial, probablemente el más internacional de los derechos nacionales, al civil, en especial en cuanto a las relaciones de familia, que es el más nacional de los regímenes jurídicos locales. Por un lado, es impensable que el derecho penal se internacionalice solo. Por el otro, es un dato innegable que mientras otras disciplinas científicas se expresan sin problemas en inglés, el derecho tiene dificultades. Quizás se deba a que en los países que no son angloparlantes las leyes son promulgadas solo en lenguas distintas del inglés. Pero emitir las en más de una lengua, algo muchas veces obligatorio, no mejora el panorama. Fronza y Malarino, entre otros, demostraron las di-

ficultades del plurilingüismo jurídico en textos normativos válidos en distintas lenguas: solo una ilustración de eficacia (Fronza, E., y Malarino, E.: "Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma", en Ambos-Malarino-Woischnik [eds.]: *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América latina, Alemania y España*, 2005).

La monografía postula, como otro de los cambios esperables en materia de un derecho comparado funcional, al que ya se hizo referencia, una relación circular entre derecho internacional y derecho interno, algo que, como se mostró antes en el ejemplo de los derechos humanos, ya sucede desde hace tiempo. En esto, lo relevante, es ver en qué estado vuelven los productos nacionales después ser procesados por los sistemas internacionales, en esa relación, vista desde el productor local, de exportación y reimportación. No debo, no puedo y no quiero extenderme aquí (una vez más) en este viejo tema, pero el estudioso experimentado en la marcha de esta cuestión en Latinoamérica sabe desde hace mucho que las garantías penales y procesales del individuo, bien resguardadas por las constituciones locales (por ejemplo, el principio *ne bis in idem*), son sin embargo parcial o totalmente derogadas por los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos cuando interpretan los alcances de una de esas garantías importadas del derecho nacional al internacional (por ejemplo el principio *ne bis in idem*). Todo incrédulo debería introducir sus dedos en el caso "Almonacid Arellano" (2006) de la Corte IDH. Ambos, por eso, incorpora al análisis un momento axiológico,

que no puede más que ser compartido, al exigir para estas decisiones el respeto de los valores constitucionales que, en materia de derechos humanos, han adoptado los Estados liberales y democráticos.

El programa para mejorar la calidad del discurso científico que propone el autor es el adecuado para el surgimiento de ideas innovativas en ámbitos plurales de respetuosos debates constructivos. Según la monografía, esto se echa en falta hoy en Alemania, donde rige, antes bien, la imposición de los resultados, no por el poder de los argumentos, sino por razones de autoridad y estatus. Me falta la experiencia para refutarlo, pues la mía, en el ámbito alemán, se reduce a un puñado de estancias, de corto y a lo sumo de mediano plazo. Pero nunca vi algo como lo que describe Ambos, quizás porque siempre tuve la suerte de vincularme con juristas de horizontes mentales más amplios. Sea como fuere, sus propuestas de trabajo sin duda mejorarán los resultados de la labor científica en la enorme mayoría de los casos, aunque seguirá habiendo obras geniales creadas fuera de estos métodos que, por el contrario, no podrán asegurar que todos los que los apliquen consigan productos respetables. Ya se sabe: lo que *natura non da*...

Demasiada confianza pone el autor en las ventajas de ciertos diseños de moda, en materia de publicaciones, cuya masificación sugiere para Alemania. El *abstract* de los artículos puede ser una modesta ayuda para lectores agobiados en el mundo de la sobreinformación, pero siempre que no sea demasiado bueno como para tornar innecesaria la lectura del artículo. Además, al final, aumenta el universo de la información, pues se debería relevar todo lo publica-

do en la materia en cualquier idioma, de Lima a Tokio pasando por Helsinki y Bangkok, con tal de que tenga un resumen en inglés. Lo que no acompaña es el tiempo, que no tiene *abstract*.

Algo similar sucede con el *peer-review procedure*, que si bien no está mal para rechazar sin mayores compromisos contribuciones insolventes, solo aporta a lo sumo algún debate más para el autor, esta vez con agentes de la publicación que le efectúan ciertas objeciones. Pero, ¿quién no está cansado de leer trabajos de pésima calidad cuya publicación fue aprobada por sus pares? Creo que la evaluación le corresponde a cada lector, aunque, por supuesto, criterios de selección siempre habrá y este es uno más que no debe ser rechazado. Eso sí, de democracia, nada de nada. Aquí el *paper* entra anónimamente por una boca de la verdad y los dioses, con mayor o menor secreto, con mayor o menor azar, proveerán. Democrático, aunque inafrontable, sería publicar todo.

Para concluir, creo que la calificación de provinciana que se le adjudica al estado de la disciplina analizada le otorga al trabajo de Ambos una nota paradójica, pues si el conocimiento jurídico penal alemán es provinciano, entonces estaríamos ante una reflexión provinciana acerca de un saber provinciano. Otra vez el perro trataría de morderse su propio rabo.

Esto se ve desmentido, sin embargo, por algunas circunstancias. En el prólogo ya se explicó que Ambos es el jurista internacional por excelencia. Es alemán, formado mayor aunque no únicamente en Alemania y es catedrático de una universidad de ese país. Y el solo hecho de que juristas no alemanes se involucren en este debate también demuestra que la

ciencia jurídico-penal alemana no es tan provincial como se dice. En mi caso, me involucro diciendo que me parece exagerado hablar de un discurso (del legislador, del juez, del científico alemanes) arrogante, aristocrático, autoritario, antidemocrático.

Después de la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, Alemania importó una conciencia democrática que no tenía y la consolidó en forma de admirable Estado constitucional de derecho. Rige en la República Federal de Alemania el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales, bajo el control jurisdiccional del TEDH. Alemania es parte de la Unión Europea y del ECPI. Frente a ello, creo que no puede sostenerse una acusación como la de Ambos, fundada en algunas comprobaciones, muy bien documentadas, que no permiten la generalización (el legislador no regula el delito de tortura como lo pretende un tratado, un tribunal no sigue una jurisprudencia del TEDH, un jurista se olvidó de considerar las ideas, que ni siquiera estaban en inglés o en latín, de un colega de un país remoto).

Pero si lo que Ambos quería con su monografía era llamar la atención acerca de un cierto estado actual, algo decepcionante, de la ciencia jurídico-penal alemana, lo ha conseguido brindando todos los fundamentos en los que se basa, con el fin de mejorar, con propuestas y desafíos muy interesantes, el trabajo científico y sus resultados. Adicionalmente, su idea de incentivar más debates también ya ha triunfado: habrá debate.

DANIEL R. PASTOR