

37

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

Enero 2016

37

Revista

Revista Penal

Enero 2016



tirant lo blanch

Penal

# Revista Penal

Número 37

## Sumario

---

### Doctrina:

|                                                                                                                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| – Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i> .....                                       | 5   |
| – Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....                                                  | 23  |
| – Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i> .....                                                                                                                                      | 46  |
| – El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i> .....                                                                                          | 61  |
| – La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i> .....                                                                  | 80  |
| – Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i> .....                                                | 99  |
| – Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i> ..... | 110 |
| – El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i> .....                                                                | 136 |
| – El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i> .....              | 163 |
| – Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín</i> .....           | 184 |
| – La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i> .....                                                                                                                 | 206 |
| – ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i> .....                                                                                                     | 215 |
| <b>Sistemas penales comparados:</b> El delito de aborto (Abortion).....                                                                                                                       | 229 |
| <b>Notas bibliográficas:</b> por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i> .....                                                                                                  | 289 |
| <b>In memoriam:</b> <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i> .....                                                                                                                | 310 |



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

### **Comité Científico Internacional**

|                                                    |                                                         |
|----------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| Kai Ambos. Univ. Göttingen                         | José Luis González Cussac. Univ. Valencia               |
| Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha     | Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla                  |
| Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca | Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III                  |
| Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg                | Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide              |
| José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco | Enzo Musco. Univ. Roma                                  |
| Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg          | Francesco Palazzo. Univ. Firenze                        |
| Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra               | Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa                     |
| George P. Fletcher. Univ. Columbia                 | Claus Roxin. Univ. München                              |
| Luigi Foffani. Univ. Módena                        | José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha |
| Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha     | Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg           |
| Vicente Gimeno Sendra. UNED                        | Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz                 |
| José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense       | Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg                         |
| Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla                 | John Vervaele. Univ. Utrecht                            |
| Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires         |                                                         |

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

|                                         |                                                   |
|-----------------------------------------|---------------------------------------------------|
| Martin Paul Wassmer (Alemania)          | Ludovico Bin (Italia)                             |
| Luis Fernando Niño (Argentina)          | Manuel Vidaurri Aréchiga (México)                 |
| Alexis Couto de Brito (Brasil)          | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)              |
| Jia Jia Yu (China)                      | Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)                |
| Felipe Caballero Brun (Chile)           | Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)           |
| Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)  | Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)               |
| Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)    | Svetlana Paramonova (Rusia)                       |
| Elena Núñez Castaño (España)            | Volodymyr Hulkevych (Ucrania)                     |
| Angie A. Arce Acuña (Honduras)          | Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay) |
| Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela) |                                                   |

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso

Kai Ambos

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

### Ficha Técnica

**Autor:** Kai Ambos

**Adscripción institucional:** Georg-August-Universität Göttingen

**Sumario:** 1. Hallazgos. 2. Razones. 3. Cambios.

**Resumen:** 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”*]<sup>1</sup>. 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 cuestionó<sup>2</sup> con razón las tendencias dominantes en Alemania, “caracterizadas por la sobre-estimación, obstinación y negación en contra de las corrientes internacionales y europeas”<sup>3</sup>. 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.

**Palabras clave:** Ciencia jurídico penal, dogmática alemana y extranjera, Derecho Penal comparado, criminología empírica, política criminal, Derecho Penal Internacional, europeización, internacionalización.

**Abstract:** German criminal law theory stands at a crossroads: either the field opens itself up to internationalisation and Europeanisation, or it continues to persist in its “confident provincialism”[1]. Joachim Vogel’s untimely death has deprived us of probably the most influential representative of a new generation of German criminal law theorists, who was one of the first to argue in favour of this move towards greater openness - towards a truly internationalised and Europeanised criminal law theory. Vogel rightly lamented the “tendencies of overestimation, resistance to change, and denial towards international and European ideas”[2] prevalent in Germany and demanded that our field open itself up both in terms of its methodology and content, further calling for greater democracy in criminal law discourse. In this small contribution dedicated to his memory, Joachim’s key thoughts on this debate will be recalled, essentially confirmed and then (in part) developed further. In doing so, I will proceed in three stages: first, several findings will be presented. Then the reasons underlying these findings will be explained, and finally the article will conclude with a call for the necessary changes

**Key words:** criminal law theory, German and foreign theory, comparative criminal law, criminology, criminal law policy, international criminal law, Europeanisation, internationalisation

**Observaciones:** Traducción del alemán por Gustavo Emilio 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 ver-

sión 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” (Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowsky (eds.), Nomos 2015) con el título “Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität”. El adjetivo “selbstbewusst” puede ser traducido al español de una manera más literal como “auto-consciente” 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.

**Rec:** 07/10/2015 **Fav:** 08/11/2015

### 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<sup>4</sup>. Si bien aún conserva su influencia sobre varios Estados pertenecientes a la tradición europea continental<sup>5</sup>, 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”<sup>6</sup>. Estos sistemas ostentan, 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)<sup>7</sup> 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<sup>8</sup>. Además, la relación de Alemania con estos sistemas jurídicos se limita a la ex-

1 FLETCHER, George. “Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung”. En: ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (ed.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*. München: C.H. Beck, 2000, p. 235 (239). De forma similar DONINI, Massimo. *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 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.

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 ver LEPSIUS, Oliver. “Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht”. En: HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (ed.). *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 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/PERRON, Walter (ed.). *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Berlin: Duncker & Humblot, 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/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. “Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion”. En: HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (ed.), op. cit., p. 2 (“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, p. 7 ss., en donde enuncian las exigencias de la “aristocracia jurídico penal” [“Strafrechtsaristokratie”] y las analiza críticamente; más adelante se hará referencia nuevamente a esta posición. Ver también DONINI, Massimo. *IL volto attuale dell'illecito penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 281 ss. Sobre Donini ver VOGEL, Joachim. *Europäische Kriminalpolitik - europäische Strafrechtsdogmatik*. *Goltdammer'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*. *Goltdammer'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”]).

7 Ver SCHÜNEMANN, Bernd. *Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft*. En: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), 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 ver ROTTLEUTHNER, Hubert. “Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft”. En: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), nota al pie 4, p. 212-215, en donde se alude al problema de la falta de diferenciación entre teoría (dogmática) y objeto (Derecho vigente). Sobre “dogmática” ver más adelante notas al pie 42 y 100, así como el texto principal.

portación 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 cierto modo llevar a cabo algún tipo de importación del Derecho...”<sup>9</sup>. 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 hacer 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<sup>10</sup>. 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 domino de la organización, no solamente ha sido reconocida en los sistemas influenciados por Alemania<sup>11</sup>, sino también por la Corte Penal Internacional (CPI), en donde ha sido aprobada por la Cámara de Apelaciones<sup>12</sup>.

Respecto a 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”<sup>13</sup>. Joachim Vogel se refirió con anticipación a esta forma de proceder como “primacía del pensamiento-problema sobre el pensamiento-sistema”<sup>14</sup>. 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

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 ‘Strafrechtsimport’ zu betreiben...”] VOGEL, nota al pie 2, p. 27. Al respecto de manera crítica DONINI, nota al pie 1, p. 29. Crítico, por ejemplo, sobre la recepción unilateral del Derecho Penal alemán en Japón YAMANAKA, Keiichi, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2012, p. X. De acuerdo con esto DUTTGE, Gunnar/ERLER, Johanna/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”]).

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

11 En este sentido se debe mencionar especialmente la sentencia de la Corte Suprema del Perú en contra del expresidente Alberto Fujimori. Ver Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala Penal Especial, sentencia del 07.04.2009, exp. no. AV 19-2001 (casos Barrios Altos, La Cantuta, Sótanos SIE); confirmada por CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia 30.12.2009, exp. no. AV 19-2001. Para una traducción al inglés de la decisión ver *American University International Law Review* (Am. U. Int'l L. Rev.) [en línea]. 25, 2010, p. 657 ss. Para una traducción parcial al alemán ver AMBOS, Kai/HUBER, Florian. *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) [en línea]. 11, 2009, p. 622 ss., con comentarios de Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro, García, Meini, Pariona y von der Wilt (ZIS) 2009, 552 ss.

12 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1 December 2014, paras. 449, 471, 473; con más detalle AMBOS, Kai. “Article 25. Individual criminal responsibility”. En: TRIFFTERER, Otto/AMBOS, Kai (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Third edition. München: C.H. Beck, 2015, Rn. 10, 12-15.

13 Ver con más detalle AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2014, p. 555 ss.

14 [“Vorrang des Problemdenkens vor dem Systemdenken”] VOGEL, nota al pie 6, p. 522 ss.

paso atrás<sup>15</sup>. A nivel de tratados internacionales esto corresponde a la obligación de codificar los denominados “treaty crimes”<sup>16</sup>, 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<sup>17</sup>, exigencia que se deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y que sin embargo no ha sido cumplido 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<sup>18</sup>. Más allá de este 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 del mismo<sup>19</sup>.

En el campo procesal el entendimiento instrumental del Derecho Penal difundido a nivel internacional se manifiesta en la ampliación y profundización de me-

didias 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 de detención y entrega cuyo ámbito de aplicación se extiende a una lista de más de treinta formas de criminalidad<sup>20</sup>, la cual vale también para los demás instrumentos objeto de reconocimiento recíproco<sup>21</sup>. Por lo demás, en el ámbito procesal se puede constatar la implementación del proceso adversarial prácticamente a nivel mundial<sup>22</sup>. Esta tendencia se observa incluso en países representativos de la tradición europea continental tales como Italia<sup>23</sup> o Francia<sup>24</sup>. Reliquias del proceso inquisitivo, como por ejemplo el *juge d'instruction* francés<sup>25</sup>, no cambian el hecho de que “el proceso penal adversarial o de partes con sus características estructurales, como justicia a través del procedimiento contradictorio (en vez de verdad mate-

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).

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

17 Ver artículos 2.1 y 4.1 Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

18 Ver “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\\_Konventionen/CAT/cat\\_state\\_report\\_germany\\_3\\_2002\\_de.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_3_2002_de.pdf) (fecha de consulta: 15.04.2015), párrafo 17 (“En el Derecho Penal alemán no hay un tipo penal especial de tortura. Sin embargo, éste no es necesario, ya que todas las formas de comportamiento que según el artículo 4 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 October-25 November 2011, Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, 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\\_Konventionen/CAT/cat\\_state\\_report\\_germany\\_5\\_2009\\_cobs\\_2011\\_en.pdf](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_5_2009_cobs_2011_en.pdf) (fecha de consulta: 15.04.2015). Al respecto también VOGEL, nota al pie 2, p. 26.

19 VOGEL, nota al pie 2, p. 25 s.

20 Consejo de la Unión Europea, 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 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: 10.04.2015).

21 Ver AMBOS, nota al pie 13, p. 614 ss. y 634 ss.

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

23 Ver AMODIO, Ennio. La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo. *Cassazione Penale* (Cass. Pen.). 2003, p. 141 ss. Sobre el desarrollo actual TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2014, p. 24 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 (ver *ibid.*, 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 (ver *ibid.*, p. 185, 193). Con más detalle sobre la etapa de investigación preliminar ver por ejemplo DESPORTES, Frédéric/LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*. 3. ed. Paris: Economica, 2013, p. 21 ss. Sobre el juicio oral ver LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne/STUCKENBERG, Carl-Friedrich (ed.). *Was wird aus der Hauptverhandlung?* Göttingen: V & R Unipress, Bonn Univ. Press, 2014.

25 Sobre su rol ver DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, nota al pie 24, p. 472 ss.

rial), 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.<sup>26</sup> Ello se aplica también en el proceso ante los tribunales penales internacionales<sup>27</sup>. Así, por ejemplo, aunque el proceso ante la CPI puede ser calificado como un proceso mixto inquisitivo-adversarial<sup>28</sup>, en la práctica se aplica cada vez más la estructura procesal de “dos casos” en contra del tipo de procedimiento de “un caso” dirigido por el juez<sup>29</sup>.

Con relación a la política criminal se debe afirmar, que al margen del trabajo publicado por Roxin en 1973<sup>30</sup> y de la introducción realizada por Zipf en la misma época<sup>31</sup>, ésta 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<sup>32</sup>. Aquí se muestra nuevamente la convicción sobre su propia autonomía, immanente al discurso jurídico penal aristocrático, así como la supuesta superioridad de la dogmática jurídico penal frente a la política criminal<sup>33</sup>, lo cual ha sido presentado últimamente incluso bajo el ropaje de una (a nivel internacional difícilmente admisible) “dogmática de la política criminal” [“Dogmatik der Kriminalpolitik”]<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>, lo cual, por supuesto, no se puede equiparar con su “dogmatización” [“Dogmatisierung”]<sup>36</sup> y completa cientifización, desco-

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”] 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*. Baden-Baden: Nomos, 2013.

28 Ver AMBOS, nota al pie 13, p. 367 ss., 412-413.

29 Sobre este antagonismo FEENEY, Floyd/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. Berlin: de Gruyter, 1973. Resumido ROXIN, Claus. *Strafrecht AT*. Band I. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 1997, p. 174 ss.

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

32 De manera crítica VOGEL, nota al pie 2, p. 26; también DONINI, nota al pie 1, p. 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”]).

34 ROBLES, Ricardo. “Zur Dogmatik der Kriminalpolitik”. En: FREUND/MURMANN y otros (ed.), nota al pie 4, p. 115 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” [“überlegenen ... 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, p. 1483, 1496, según el cual esto lo prueba la historia del Derecho).

35 Ver SIEBER, Ulrich. “Strafrechtsvergleichung im Wandel”. En: SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jörg (ed.). *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 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, p. 1441, 1455.

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

nociendo la dimensión político-valorativa<sup>37</sup> que le es propia<sup>38</sup>.

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 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 internacionalmente<sup>39</sup> 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 cosas<sup>40</sup> y de acuerdo con las cuales las teorías extranjeras, sobre todo del Derecho Penal angloamericano, son califica-

das como “analíticamente impuras” y “premodernas”<sup>41</sup>. Lo anterior no solamente ignora que en el Derecho Penal angloamericano también existe “dogmática” en el sentido de interpretación y sistematización del Derecho vigente (doctrinal scholarship)<sup>42,43</sup>, 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 generales en el marco de un discurso teórico y filosófico exigente y riguroso, así como mediante el trabajo minucioso de casos concretos<sup>44</sup>.

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia, la cual es especialmente importante para la práctica, se debe decir en primer lugar que ésta está sujeta al Derecho alemán (art. 20 apartado 3 y art. 97 apartado 1 Ley

37 Ver VOGEL, Joachim. “Kriminalpolitikwissenschaft und europäische Kriminalpolitik”. En: HEGER, Martin/KELKER, Brigitte/SCHRAMM, Edward (ed.). *Festschrift für Kristian Kühl*. München: C.H. Beck, 2014, p. 635 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 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 (ver más adelante nota al pie 107 y texto principal) y el análisis comparado del Derecho (ver nota al pie anterior). Solo entonces la dogmática puede pretender ser una ciencia (sobre “legal dogmatics” como “legal science” en sentido amplio ver JAREBORG, 4, p. 49 ss.) y la política criminal puede permanecer como política legitimada democráticamente (en el sentido de *policy*, al respecto VOGEL, nota al pie 37, p. 637, 646 ss.).

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

40 Ver en especial HIRSCH, Hans Joachim. “Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?”. En: SEEBODE, Manfred (ed.). *Festschrift für Günter Spindel*. Berlin: de Gruyter, 1992, p. 43 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*. Göttingen: Schwartz, 1970, p. 148 ff; ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik* nota al pie 30, p. 5 s.; ROXIN, Claus. *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. Berlin: Dunkler & Humblot, 2004, p. 57 s.

41 Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 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 éste 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 Ver 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” (resaltado en el original)).

44 Desde la perspectiva del Derecho público ver LEPSIUS, nota al pie 4, p. 86.

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)<sup>45</sup> a lo sumo puede tener carácter informativo<sup>46</sup>. 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<sup>47</sup>, de los cuales vale la pena recordar la renuncia inicial de tribunales superiores alemanes (Obergerichte) a aceptar la restricción del art. 329 apartado 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<sup>48</sup>. 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<sup>49</sup>. Sobre todo el Tribunal Superior de Celle contradijo de manera vehemente al TEDH<sup>50</sup> y para esto aplicó su propia interpretación del art. 6 apartado 3 letra c) de la CEDH<sup>51</sup>. Al final, solo la actividad del legislador puso punto final a esta situación contraria al sistema europeo de protección de derechos<sup>52</sup>. En

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. 7 del Código Penal alemán (StGB) o (como valoración del Derecho extranjero) en el marco del análisis comparado del Derecho (ver 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/FATEH-MOGHADAM, Bijan (ed.). *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 206.

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

48 TEDH, decisión del 08.11.2012 (Naziraj - Alemania), párr. 49 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, p. 18 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, p. 334 s.; acertadamente ESSER, Robert. *Europäisches und Internationales Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2014, § 9 Rn. 255; GERST, Joachim. Die Konventionsgaranties des Art. EMRK Artikel 6 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, p. 615,616. Tribunal Superior de München. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea]. 2013, p. 358, 359 con comentario crítico de ZEHETGRUBER, Christoph. Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK. *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* (HRRS) [en línea]. Heft 10, 2013, p. 402. Tribunal Superior de Düsseldorf. *Stfverteidiger* (StV) [en línea]. Heft 5, 2013, p. 299 con comentario crítico de ESSER (Nichts) Neues 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, p. 313 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. En: *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 Ver propuesta (Referentenentwurf) del Ministerio Federal de Justicia y para la Protección del Consumidor sobre un proyecto de ley para el fortalecimiento del derecho a la representación a través de un defensor en el juicio de apelación, 41 ss., así como el proyecto de ley del Gobierno Federal del 17.10.2014 (BR-Drucks. 491/14), 44 ss., especialmente 51 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](http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw25_angenommen_abgelehnt/378774); fecha de consulta: 23.6.2015).

cambio, el ejemplo mencionado por Vogel<sup>53</sup> 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<sup>54</sup>. Incluso la comparación con otros países similares en tamaño<sup>55</sup> 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<sup>56</sup>.

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<sup>57</sup>. 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, con apoyo en el al Código Penal Internacional alemán y, en menor medida, a través la Ley de Cooperación con la CPI se expidieron dos leyes de implementación que han gozado a nivel internacio-

nal de gran popularidad, lo que fue posible entre otras razones gracias a su traducción en los seis idiomas de las Naciones Unidas<sup>58</sup>. 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<sup>59</sup>. Este éxito único se puede explicar a partir de la cooperación constructiva entre práctica y teoría: la política 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<sup>60</sup>.

## 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 éste tiene en cada sociedad y con esto por medio de 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 éste representa un ámbito especialmente sensible “para la capacidad de autodeterminación democrática de un Estado constitucional”<sup>61</sup>. Según este Tribunal las condiciones de la

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 año (en total 428 remisiones de los 28 estados miembros de la Unión Europea). De la misma manera, en el periodo 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](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf) (fecha de consulta: 13.04.2015), p. 121-122.

55 Italia (52 remisiones), Francia (20 remisiones), Reino Unido (12); en el periodo total Italia (1279), Francia (906), Reino Unido (573), ver *Ibid*.

56 Los tribunales nacionales en general pueden remitir asuntos al Tribunal Europeo de Justicia si así lo consideran necesario, para que éste 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 párr. 1 y 2 TFUE). Sin embargo, cuando se trata de tribunales nacionales de última instancia dicha remisión es obligatoria (art. 267 párr. 3 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”) (ver WEGENER, Bernhard. En: CALLIESS, Christian/RUFFERT, Matthias (ed.). EUV/AEUV. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2011, art. 267 Rn. 32), mientras que el principio “in actis claris non fit interpretatio” de todas maneras con la hermenéutica moderna ha sido superado (GEIGER, Rudolf/KHAN, Daniel-Erasmus/KOTZUR, Markus. EUV/AEUV. 5. Aufl. 2010. München: C. H. Beck, 2010, Art. 267 AEUV, Rn. 19), es decir, que la interpretación de normas jurídicas rara vez es clara o indiscutida.

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 Ver <http://www.departement-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/projekte/translations> (fecha de consulta: 16.04.2015).

59 Ver también JESSBERGER, Florian/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?”).

60 Ver AMBOS, Kai. “Internationales Strafrecht in der Berliner Republik”. En: *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2016 (próximamente).

61 “[f]ür die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats” Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359).

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”<sup>62</sup>.

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 (!)”<sup>63</sup>. 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 que se ve limitada por la moral social”<sup>64</sup>. De la misma manera, según *Stratenwerth* la preservación jurídico penal de normas de comportamiento específi-

cas es necesaria para asegurar un consenso normativo mínimo en una sociedad determinada<sup>65</sup>. Asimismo, *Hefendehl* aboga por la “penalización de infracciones contra convicciones culturales profundamente arraigadas”<sup>66</sup>. 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”<sup>67</sup>.

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 [*Volkgeist*] y arraigada culturalmente<sup>68</sup>; 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 se encontraban detrás suyo. [subyacían tras de sí]<sup>69</sup>. En este sentido, no se puede discutir que el Derecho Penal se forma “en un complejo proceso social”<sup>70</sup> y que por tanto efectiva-

62 [“von kulturellen, historisch gewachsenen, sich sprachlich geprägten Vorverständnissen ... abhängig”, “nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar”] Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359). Ver NOLTENIUS, Bettina. Strafrechtsverfahren 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/NETTESHEIM, Martin. Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Band I. München: C.H. Beck, 2015, Rn. 19.

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

64 [“der gesellschaftlich unergiebige Freiheitsgebrauch, der zur Vereinzelung oder zum Abgleiten in eine Subkultur führt, wird durch die Sitte abgeschnitten”] *Ibid.*, p. 25.

65 Ver STRATENWERTH, Günther. “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”. En: ESER, Albin/SCHITTENHELM, Ulrike/SCHUMANN, Herbert. *Festschrift für Theodor Lenckner*. München: C.H. Beck, 1998, p. 377 (386 ss.) También STRATENWERTH, Günther. “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”. En: *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 255 (266).

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

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

68 VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814, p. 8 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 pueblo, se forma con éste 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 Ernst. *Rechtsnorm und Kulturnorm*. Breslau: Schletter, 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”]. Ver HÖRNLE, 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”].

mente constituye un “fenómeno cultural”<sup>71</sup>. Sin embargo, 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<sup>72</sup>, 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 (o en todo caso occidental) de los derechos humanos, tal y como se propuso por el filósofo de Tubinga Otfried Höffe en 1999<sup>73</sup>, e incluso, sobre esta base, un Derecho Penal transcultural, tal como fue desarrollado posteriormente por Vogel<sup>74</sup>. 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 éstos. Así, el Derecho Penal no debe entonces proteger solamente las concepciones culturales nacionales, sino también, justamente en el sentido de Emile Durkheim<sup>75</sup>, concepciones axiológicas colectivas y transnacionales que “in

any one type of society are to be found in every healthy consciousness”<sup>76</sup> y que fomentan el sentido de comunidad<sup>77</sup>.

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 éste 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 Eurojust (la futura fiscalía europea también se debe mencionar en este mismo sentido)<sup>78</sup>, o incluso la reciente Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la lucha contra combatientes terroristas extranjeros<sup>79</sup>. Esta última ha servido precisamente en Alemania para fundamentar un nuevo endurecimiento del Derecho Penal orientado a combatir al terrorismo mediante la

71 Fundamental JUNG, Heike. “Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?”. En: FREUND/MURMANN y otros (ed.), nota al pie 4, p. 1467 ss., 1474, 1481 con explicación instructiva del transfondo científico teórico (p. 1469 ss.); asimismo VALERIUS, Brian. *Kultur und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011 (sobre la consideración de concepciones axiológicas culturales en el Derecho Penal en general y su protección a través de éste); también SACCO, Rodolfo. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. unv. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011 (original en italiano de 1980), p. 154 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: *Ibid.*, p. 79 (“Parte de la comunicación cultural” [“Teil der kulturellen Kommunikation”]); MEYER, Frank. “Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung”. En: *Ibid.*, p. 90; WEIGEND, Thomas. “Diskussionsbemerkungen”. En: *Ibid.*, p. 131; KUBICIEL, Michael. Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung. *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* (RW). Heft 2, 2012, p. 212 (214); ver también más adelante la nota al pie 119 y el texto principal.

72 Ver Vogel, Joachim. Transkulturelles Strafrecht. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 2010, p. 1 (3 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.

73 HÖFFE, Otfried. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 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 ver TALLGREN, Immi. The Voice of the International. *Journal of International Criminal Justice* (JICL) [en línea]. 13, 2015, p. 135 (148 s.).

76 DURKHEIM, Emile. *The Division of Labour in Society*. 2. Aufl. New York: The Free Press, 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 Ver AMBOS, nota al pie 13, p. 645 ss.

79 Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2178/2014.

creación de un tipo penal para evitar el “turismo terrorista” [“touristischer Terrorismus”]<sup>80</sup>, 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<sup>81</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este contexto se evidencia que “el supuesto condicionamiento cultural del Derecho Penal”<sup>82</sup>, 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.”<sup>83</sup>. 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 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<sup>84</sup>. 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<sup>85</sup>. De esto se desprende el fenómeno de la interlegalidad, es decir, de la existencia de “networks of legal orders”<sup>86</sup>, y de la fragmentación, es decir, de la existencia de regímenes diferentes en fuentes del Derecho distintas<sup>87</sup>. 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 ni se puede ni se debe garantizar.

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 tipo penal autónomo, la financiación de esta clase de organizaciones (art. 89c StGB). Ver proyecto de ley del 11.03.2015 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 24.04.2015, ver: <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/01/2015-04-24-gesetz-personalausweis.html> (fecha de consulta: 24.04.2015); sobre financiación del terrorismo y las reformas al respecto en Alemania ver SIEBER, Ulrich/VOGEL, Benjamin. *Terrorismusfinanzierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

81 Crítico al respecto AMBOS, Kai. Wer ist ein Terrorist? *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ). Edición del 02.10.2014, p. 11 (versión en español bajo el título ¿Mi terrorista, tu terrorista?, publicada en Ámbito Jurídico, Colombia, edición del 13 al 26 de octubre de 2014, p. 11); también KREß, Claus. Uno-Resolution zur Terrorbekämpfung. *Spiegel Online*. Edición del 03.10.2014, disponible en: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/gesetz-gegen-terrorismus-voelkerrechtler-kress-zur-uno-resolution-a-994885.html> (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*. Baden-Baden: Nomos; Zürich: Dike, 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’”]).

84 VOGEL, nota al pie 6, p. 520.

85 Ver 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 ver 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 ver VAN SLIEDREGT, Elies. Pluralism in International Criminal Law. *Leiden Journal of International Law* (LJIL) [en línea]. 25, 2012, p. 847 (847 ss.); sobre pluralidad de métodos en las ciencias jurídicas ver 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*. New York: Routledge, 1995, p. 114 entre otras, citado por VOGEL, nota al pie 6, p. 520.

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

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<sup>88</sup>. Al respecto Vogel también afirmó lo correcto: “así como el dominio de los conocedores sobre los no conocedores 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”<sup>89</sup>. Esto no significa, claro está, que el legislador, 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<sup>90</sup>; pero no a criterios de una supuesta lógica objetiva de carácter dogmático, mientras éstos no se 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 inglés<sup>91</sup> y de la pérdida de relevancia del idioma alemán que lo acompaña, incluso en el campo del Derecho<sup>92</sup>. 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<sup>93</sup>. 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 sin número de traducciones (a pesar de que algunas son de 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 éste 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

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 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 (ed.). Festschrift für Claus Roxin. Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p. 105; en sentido similar el mismo autor, “Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht”. En: KEMPF, Eberhard/LÜDERSEN, Klaus/VOLK, Klaus (ed.). Unternehmensstrafrecht. Berlin: de Gruyter. 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 (ibíd., 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.

91 Ver 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 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, p. 33 ss.

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<sup>94</sup>.

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<sup>95</sup>. 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 éstos. 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 "encargos" para "prácticos" (*Lehraufträge*)<sup>96</sup> 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.

tación 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"]<sup>97</sup> 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 ajenos. 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<sup>98</sup>. El estilo de pensamiento dogmático tradicional, que a través de la referencia al Derecho vigente<sup>99</sup> insiste en su independencia y es estructuralmente afirmativo<sup>100</sup>, debe entonces ser superado y reemplazado por otras formas de pensamiento, o al menos complementado por éstas<sup>101</sup>, si es que la ciencia jurídico penal alemana no quiere morir a nivel europeo y global en el intento de mantener su "belleza dogmática"<sup>102</sup>. 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 alema-

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 de los intereses ("Interessenlehre") que tuvo lugar en el siglo XIX en Alemania (ver BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. Leipzig: Engelmann, 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 (EUCLR)* [en línea]. Band 3, Heft 1, p. 3.

95 Ver la posición antes citada del Prof. Weimin Zuo en la nota al pie 26.

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 Ver 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, p. 522 ss., el mismo autor, nota al pie 2, p. 30; DONINI, nota al pie 1, p. 28.

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

99 Ver nota al pie 8.

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

101 *Ibid.*, p. 73-75, 90-92.

102 *Ibid.*, p. 87.

na”<sup>103</sup>. 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 urgentes de la creciente internacionalización del Derecho Penal<sup>104</sup>.

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 inductivo<sup>105</sup> 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 rechazando de plano teorías extranjeras<sup>106</sup>, 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<sup>107</sup>, en todo

el sentido de una verdadera ciencia general jurídico penal<sup>108</sup>.

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 autoreferencia: desde el año 2002 con relación a la parte general del Derecho Penal Internacional y haciendo alusión a *Jareborg*<sup>109</sup> 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 comprensible y capaz de dar resultados satisfactorios<sup>110</sup>. 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<sup>111</sup>. Esto acontece con mayor razón en el marco de la jurisprudencia

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.

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 Ver DONINI, nota al pie 1, p. 23 s., 25 (reclamando un “verdadero enfoque en los efectos” y una verdadera “verificación” por medio de 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).

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 ver 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, p. 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”).

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

dencia 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 especificaciones legislativas y/o por medio de su desarrollo posterior<sup>112</sup>.

Esto también tiene consecuencias en la *discusión sobre el idioma*, abordada más arriba en este mismo trabajo. 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”<sup>113</sup>.

Vogel también reclamó la intensificación del *Derecho comparado*<sup>114</sup>. Al respecto es necesario insistir, en que éste no se debe llevar a cabo desde la perspectiva dogmática nacional<sup>115</sup>, 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<sup>116</sup>. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que 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<sup>117</sup>, en todo el sentido del ya mencionado método inductivo<sup>118</sup>. Naturalmente, desde el punto de vista funcional también se debe observar el contexto cultural y social<sup>119</sup> en el que operan las instituciones jurídicas específicas<sup>120</sup>. En

Kategorien ... oder von allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen oder kriminalpolitischen Grundsätzen auszugehen”]; contra Silva Sánchez).

112 Con relación al Derecho Penal Internacional ver en este sentido DARCY, Shane/POWDERLY, Joseph. *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010; sobre Derecho europeo MÜLLER, Friedrich/CHRISTENSEN, Ralph. *Europarecht*. Band II: Europarecht, 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 194 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.

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

115 Por ejemplo JESCHECK, Hans-Heinrich. *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr, 1955, p. 36 ss., quiere partir de punto de vista dogmático o político criminal propio (primer nivel), posteriormente propone interpretar el Derecho extranjero (segundo nivel), luego 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 (ed.). *Menschengerechtes Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2005, p. 1005 (1009).

116 Ver AMBOS, nota al pie 40, p. 44 s.; fundamental MICHAELS, Ralf. “The Functional Method of Comparative Law”. En: REIMANN, Mathias/ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2006, p. 339 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); ver también SIEBER, nota al pie 35, p. 112-114, con una innovadora propuesta de una teoría del Derecho comparado p. 126-129, cuya mayor elaboración aún está pendiente (ver más adelante nota al pie 139); abogando por mayor desarrollo KUBICIEL, nota al pie 71, p. 222.

117 Ver también SIEBER, nota al pie 35, p. 118.

118 Ver nota al pie 105 y texto principal.

119 Con material ilustrativo JUNG, nota al pie 71, p. 1475 ss.

120 Sobre los factores que caracterizan un ordenamiento jurídico, bien sean verbalizados (“Formanten”) o implícitos (“Kryptotypen”), ver SACCO, nota al pie 71, p. 59 ss., 61 s., 74.

este sentido también aquí se debe proceder de manera empírica<sup>121</sup> y, al contrario de la usual implementación automática de instituciones foráneas<sup>122</sup>, según el caso se debe realizar la adaptación de estas instituciones a cada contexto<sup>123</sup>. El método funcional permite tener en cuenta la particularidades culturales<sup>124</sup>, sin predicar un Derecho comparado demasiado ambicioso concentrado en exceso en el estudio de cada cultura [“eine kulturbezogene Strafrechtsvergleichung”]<sup>125</sup>.

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. A través suyo también se debe indagar, desde una perspectiva vertical, en qué medida la jurisprudencia de los tribu-

nales internacionales se ha visto influenciada por el Derecho interno y, al contrario, de qué forma éste último ha sido influenciado por el Derecho Internacional<sup>126</sup>. En este sentido es posible hablar de un *Derecho comparado con carácter circular*, el cual resulta más adecuado que el muy ambicioso enfoque tradicional<sup>127</sup> para desarrollar principios y reglas realmente universales que tengan como fuente la propia jurisprudencia supranacional<sup>128</sup>. 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<sup>129</sup>.

121 Ver nota al pie 107 y texto principal. Sobre Derecho comparado con enfoque empírico ver por ejemplo SACCO, nota al pie 71, p. 65; NELLES, nota al pie 115, p. 1013 ss.; MICHAELS, nota al pie 116, p. 342 (“functionalist comparative law is factual”).

122 Al respecto ver WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974; crítico sobre la imposición de Derecho Penal extranjero ESER, nota al pie 35, p. 1459 s.

123 Sobre la dependencia del contexto y la exigencia de cambios en la teoría cuando ésta es aplicada en ordenamientos jurídicos diferentes [“Kontextwechsels der Theorien”] ver YAMANAKA, Keiichi. “Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg”. En: JEHLE, Jörg-Martin/LIPP, Volker/YAMANAKA, Keiichi (ed.). *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*. Göttingen: Univ.-Verl. Göttingen, 2008, p. 173 (174 s.); sobre comparación de estructuras (Strukturvergleichung) en este sentido SIEBER, Ulrich. *Strafrechtsvergleichung op. cit.*, p. 116 s.

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

125 BECK, nota al pie 71, p. 65 ss.; crítico FATEH-MOGHADAM, Bijan. “Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung”. En: BECK y otros (ed.), nota al pie 46, p. 49 s.; reconciliando ambas posiciones PERRON, Walter. “Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung”. En: *Ibid.*, p. 121 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 mediando KUBICIEL, nota al pie 71, p. 216 (comparación parcial de la cultura [partieller Kulturvergleich]).

126 Ver SHELTON, Dinah. *International law and domestic legal systems*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2011; KRISTJÁNSDÓTTIR, Edda/NOLLKAEMPER, André/RYNGAERT, Cedric. *International Law in Domestic Courts*. Cambridge: Intersentia, 2012; con relación a la influencia del Derecho Penal Internacional a nivel doméstico ver 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. *Goettingen Journal of International Law* (GoJIL) [en línea]. 3, 2011, p. 397; HOROVITZ, Sigall. How International Courts Shape Domestic Justice. *Israel Law Review* (Isr. L. Rev.) [en línea]. 46, 2013, p. 339 ss.; NAOMI, Roht-Arriaza. Just a Bubble? *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) [en línea]. 11, 2013, p. 537 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, p. 431 ss.

127 Cuyo objetivo de incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido sobre el Derecho Civil ver 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 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, p. 114-116, el cual probablemente en efecto solo se puede superar con ayuda de medios informáticos; sobre Derecho comparado apoyado en medios informáticos ver, aunque solo rudimentariamente, *Ibid.*, p. 124 s.).

128 Ver en general sobre la relación entre Derecho comparado y jurisprudencia internacional RABEL, nota al pie 69, p. 5 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*. Leiden: Nijhoff, 2008, p. 84 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, p. 90 ss.

Naturalmente, dicho análisis comparado del Derecho Penal no debe ser puramente instrumental ni su valoración puede depender únicamente de sus resultados<sup>130</sup>. Por el contrario, éste se debe orientar, en cuanto Derecho comparado valorativo (*wertende Rechtsvergleichung*)<sup>131</sup> y al igual que lo debe hacer el legislador democrático<sup>132</sup>, por las decisiones axiológicas constitucionales que en términos de derechos humanos han adoptado los Estados liberales de Derecho<sup>133</sup>. Éstas constituyen únicamente decisiones 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<sup>134</sup>. El análisis comparado del Derecho Penal así entendido (más allá de la clásica distinción entre Derecho Penal comparado teórico, legislativo y judicial)<sup>135</sup> puede ser considerado entonces y sin lu-

gar a dudas como el método de la dogmática jurídico penal<sup>136</sup>. Se trata, por consiguiente, de establecer los fundamentos<sup>137</sup> y de investigar los efectos de las instituciones jurídicas en diferentes sociedades y su posible validez intercultural<sup>138</sup>, como parte del camino (desde luego pedregoso) hacia una ciencia jurídico penal universal<sup>139</sup>.

Finalmente, en lo que concierne al *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 apertura 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

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

131 Sobre este concepto, que aún debe ser aclarado, ver JUNG, Heike. *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 152, 2005, p. 1 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 (ver sin embargo p. 286 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 ver ESER, nota al pie 35, p. 1443 ss., 1450 ss.; sobre Derecho Penal comparado y comparación de valores ("*wertvergleichende Strafrechtsvergleichung*") SIEBER, nota al pie 35, p. 119 ss.; sobre "values" y "evaluation" en la dogmática jurídica JAREBORG, nota al pie 4, p. 57.

132 Ver nota al pie 90 y texto principal.

133 Para un fundamento axiológico a partir de los derechos humanos ver también JUNG, Heike. *Sanktionensysteme und Menschenrechte*. Bern: Haupt, 1992, p. 43-48; SIEBER, nota al pie 35, p. 121 s. ("Orientación al ser humano en una sociedad abierta y así al principio general de la libertad" ["Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip ..."]); también ESER, nota al pie 35, p. 1463 s.; antes también AMBOS, nota al pie 40, p. 45.

134 Ver SIEBER, nota al pie 35, p. 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, *Grenzen* nota al pie 35, p. 53 ss.; crítico desde la perspectiva de un Derecho Penal comparado "evaluativo-competitivo" ESER, nota al pie 35, p. 1446, 1449 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..."] (p. 1453, con más detalle 1454 ss.) y diferenciando entre funciones y métodos (p. 1450 ss., 1460 ss.); crítico sobre las posibilidades limitadas de la valoración por medio del método funcional MICHAELS, nota al pie 116, p. 342, 373 ss., 375.

135 Al respecto ESER, Albin. "Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung". En: ALBRECHT, Hans-Jörg, entre otros (ed.). *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*. Band 2. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 1506 ss.

136 Ver DONINI, nota al pie 1, p. 30.

137 Sobre Derecho Penal comparado como forma de indagar fundamentos SIEBER, nota al pie 35, p. 94 s., 109 s.; como asignatura fundamental desde una perspectiva histórica KOCH, nota al pie 34, p. 1485 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 ver VON BOGDANDY, nota al pie 85, p. 4.

139 SIEBER, nota al pie 35, p. 129 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*"] (Ibid., p. 124, 129). De la página web del Instituto Max Planck se desprende, que en el marco del proyecto que ha transcurrido en un período desde el 2004 hasta el 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 se desprende de los conceptos "Informationssystem" "virtuelles Institut"), ver: <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> (fecha de consulta: 23.06.2015). 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, ver NELLES, nota al pie 115, p. 1005 s. con nota al pie 1, 1016 s.

información)<sup>140</sup>, 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)<sup>141</sup>, 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<sup>142</sup>. Esto se puede lograr, tal como lo muestra la práctica académica angloamericana<sup>143</sup>, por medio de pequeños cambios metodológicos y prácticos, como por ejemplo con la abolición 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”<sup>144</sup>. 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 se podría facilitar, si los *abstracts* que resumen las tesis principales fueran introducidos en las publicaciones académicas alemanas de manera obligatoria<sup>145</sup>.

\*\*\*

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.

140 Ver DONINI, nota al pie 1, p. 32.

141 Ver en este sentido VOGEL, nota al pie 89, p. 110 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”]).

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*.

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).