

¿CUÁL ES EL FUTURO DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ALEMANA?*

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai AMBOS (Univ. Göttingen)**

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2022

I. Diagnóstico y motivos

1. Los alemanes a veces pensamos que lo hacemos todo especialmente bien y de forma correcta.¹ También hay una tendencia en la ciencia jurídico-penal alemana a proclamar su vigencia

* Traducción del alemán al español de Lucila Tuñón (Universität Würzburg). Revisión de Leandro Dias (Universität Würzburg), Gustavo Urquiza (Universität Göttingen) y el autor. Publicado originariamente bajo el título: "Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft?", en ZIS 10/2020, pp. 452-462. Se ha mantenido el formato original de citas.

** Titular de la Cátedra de Derecho Penal, Procesal Penal, Comparado, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Universidad de Gotinga. Le agradezco al señor apl. Prof. Dr. Peter Rackow, Göttingen, por el tan productivo intercambio, así como al Akad. Rat Dr. Alexander Heinze (LL.M), Göttingen, a la Prof. Dr. Stefanie Bock, al Prof. Dr. Stefan Harrendorf y al Prof. Dr. Thomas Weigend por sus valiosas indicaciones.

¹ La creencia en la "grandeza alemana" tiene sus raíces no solo en el militarismo de la época del Kaiser (hasta hoy sin par: "El súbdito" [Untertan] de Heinrich Mann, pero también la novela menos conocida "La cabeza" [Der Kopf]), sino también en el difuso concepto de la nación cultural (sobre esto Dorn/Wagner, *Die deutsche Seele*, 2011, p. 279 ss.). También se cita el esbozo fragmentario en prosa de Schiller "Deutsche Größe" (también disponible en: <http://www.archiv-svw.de/pdf-bank/Friedrich%20von%20Schiller%20-%20Deutsche%20Gr%F6%DFe.pdf> [4/10/2020]), donde dice, entre otras cosas: "La majestad del alemán nunca ha descansado sobre la cabeza de un príncipe. Separado de lo político, el alemán ha establecido un valor propio, y aunque el imperio cayese, la dignidad alemana seguiría siendo indiscutible. Es una grandeza moral, habita en la cultura y en el carácter de la nación [...]".

mundial y su superioridad.² Otros autores aconsejan más modestia y humildad.³ Mi ensayo dedicado a *Joachim Vogel*,⁴ *in memoriam*, va en la misma dirección. Recapitulémoslo primero en forma de tesis:

▪ En el ámbito internacional, se puede observar una *pérdida de la importancia* de la ciencia jurídico-penal alemana, en todo caso si se echa un vistazo más allá de los sistemas afines usualmente citados⁵ a este respecto (especialmente, en dirección al derecho angloamericano). Allí donde la influencia alemana (todavía) existe, se muestra más como una “exportación”⁶ unilateral que como un intercambio “entre iguales”.⁷

▪ En lo que respecta a las cuestiones de la *parte general* o de las teorías generales, solo la teoría del dominio del hecho de *Roxin* —gracias a la jurisprudencia del derecho penal internacional—⁸ ha alcanzado una importancia *universal*; principalmente, la teoría del delito sigue siendo en gran medida incomprendida e “ignorada”, entre otras cosas, por sus antecedentes

² Cf. en particular, *Schünemann*, en: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, p. 223 (226 ss.); *el mismo*, ZIS 2016, 654 (665 y *passim*), con el postulado de una superioridad fundamental frente al *common law* y el área francófona; también una tendencia en este sentido *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, en: *los mismos* (ed.), *Handbuch des Strafrechts*, tomo 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, p. V (“Segmento común de una ciencia jurídico-penal internacional”); *Hilgendorf*, *ibid.*, § 18 n.º m. 5 (“extraordinariamente influyente a nivel internacional”), n.º m. 8 (“dogmática internacional del derecho penal” [...] cuyo núcleo está constituido por una red de estructuras, conceptos y argumentos de dogmática jurídica y cuyo origen se encuentra en Alemania”). Esta seguridad en sí mismo también se irradia a los jóvenes científicos, véase más recientemente *Babucke*, *Schulddefekt*, 2020, p. 45 (“[...] el papel evidente y [...] la importancia del derecho alemán como modelo a seguir, orientación y punto de referencia para los sistemas jurídicos de diferentes regiones y culturas del mundo en el pasado implica [...] también su idoneidad como punto de referencia para los debates sobre el diseño y las reformas del derecho penal internacional”).

³ *Weigend*, GA 2020, 139 (140 ss., en particular, 145); *Pawlik*, en: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, p. 217 (254) (“[...] la ciencia del derecho penal alemana, tal vez demasiado segura en cuanto a su vigencia mundial”); Cf. también *Kubiciel*, ZStW 129 (2017), 473 (480), y en particular, *Hörnle*, en: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 289 (305): “Podría ser esta una buena oportunidad para que la ciencia del derecho penal de idioma alemán contribuya a un discurso transnacional, si se compromete seriamente con dicho discurso, sin arrogancia ni celo misionario, sino con sensibilidad por los horizontes receptores”.

⁴ *Ambos*, GA 2016, 177; *el mismo*, también en: *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (nota al pie n.º 3), p. 321.

⁵ Cf. por ej. el listado de *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 5 (jurisdicciones de habla hispana y portuguesa, Asia del Este, Grecia, Turquía); lista similar en *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 1, 5.ª ed. 2020, § 7 n.º m. 85v (también se mencionan Austria, Suiza, Italia, Polonia, Estonia, Croacia, Serbia, Eslovenia, Países Bajos y los países escandinavos, aunque la influencia en estos últimos es limitada).

⁶ *Dubber*, *German Law Journal* 2005, 1049 (1049 ss.); *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 2000 (reimpresión), p. xxii. Crítica respecto de la dogmática penal como “gran éxito de exportación”, *Hörnle*, en: *Dreier* (ed.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, p. 183 (198 s.: difícilmente medible en términos económicos y, además, no está claro qué se entiende por ello en este contexto).

⁷ *Ambos*, GA 2016, 177 ss.; sobre esto, con una perspectiva sobre Latinoamérica, *Ambos/Malarino*, GA 2016, 336 ss.; también, por ej., *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 289 (290 y 292).

⁸ Cf. *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed. 2018, § 7 n.º m. 17 ss.

históricos y su complejidad⁹ conceptual y constructiva.¹⁰ En el ámbito de la *parte especial*, el sistema de pensamiento expresado en la teoría del delito está siendo desplazado —también aquí en Alemania— por un pensamiento orientado a los problemas o por una perspectiva de política criminal;¹¹ esto puede observarse tanto en el derecho penal europeo como en el derecho penal internacional.¹²

- En el *derecho procesal*, prevalece internacionalmente una concepción instrumental del proceso penal, que favorece una “ampliación y profundización de las medidas coercitivas”; esto puede verse en el derecho penal europeo, por ejemplo, en el principio de reconocimiento mutuo, implementado por primera vez por la Decisión Marco sobre la Orden de Detención Europea.¹³ ¹⁴ En general, el modelo de un juicio oral adversarial está ganando cada vez más aceptación, incluso en los círculos del *civil law*.¹⁵

- La ciencia jurídico-penal alemana se mantiene alejada de la *política criminal*. En muchos casos, se considera que está “demasiado cerca de la legislación práctica”. En cambio, cuando el objetivo es “dogmatizar” la política criminal, se va más allá de un “acompañamiento científico crítico”.¹⁶ En la medida en que se rechazan las directrices internacionales sobre la base de una autocomprensión ontologizante u orientada a supuestas entidades lógico-objetivas precedentes¹⁷ y se descarta al derecho penal anglosajón en particular por ser considerado inferior, esto no puede comunicarse en el escenario internacional. Sin embargo, tal visión también subestima el hecho de que en el discurso angloamericano, al recurrirse a los “*general principles*”, a la perspectiva de la teoría del derecho o de la filosofía del derecho y a un trabajo de casos “a pequeña escala”, no se consigue

⁹ Crítica también, Hörnle (nota al pie n.º 6), p. 207 (teoría del delito “congelada”).

¹⁰ Ambos, GA 2016, 177 (178).

¹¹ Para esto también, Hilgendorf (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 45 (consideración de los fines de política criminal, porque la dogmática del derecho penal “queda deficiente sin una reflexión de política criminal”).

¹² Ambos, GA 2016, 177 (178 ss.).

¹³ ABL. EG Nr. L 190 del 18/7/2002, p. 1. Sobre este y otros instrumentos de reconocimiento mutuo (y los problemas asociados a los derechos fundamentales), Ambos (nota al pie n.º 8), § 12 n.º m. 43 ss.

¹⁴ Ambos, GA 2016, 177 (180). Sobre esto también en nota al pie n.º 88 ss., y el texto principal.

¹⁵ Ambos, GA 2016, 177 (180). Esto también lo reconoce Hilgendorf (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), § 18 n.º m. 6, quien parece considerar que solo el derecho “anglosajón” es competitivo en este sentido.

¹⁶ Ambos, GA 2016, 177 (181).

¹⁷ Crítico también en este sentido, Hilgendorf (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 41 (“A la vista del estado actual de la reflexión sobre la teoría de la ciencia”).

nada inferior, en principio, a lo que brinda la dogmática alemana.¹⁸

■ Por último, en lo que respecta a la *jurisprudencia*, a veces sigue habiendo una “recepción reticente” de los impulsos internacionales.¹⁹

2. En cuanto a las *razones* de estas constataciones, aparecen —aparte de muchos aspectos particulares—²⁰ en primer plano dos aspectos: por un lado, la idea de un *arraigo cultural* del derecho penal sigue desempeñando como antes un papel en la actualidad.²¹ Por muy irrefutable que sea esa referencia a la cultura,²² no se debe permitir que otros factores de influencia pasen a un segundo plano²³ y, por tanto, en un contexto condicionado por la globalización, un derecho penal estrictamente ligado a la cultura debe parecer, en todo caso, una “quimera”.²⁴ Sin embargo, el hecho de que la idea persista tenazmente puede deberse también a que el argumento de la “defensa cultural” tiene cierta afinidad con una (auto)percepción “aristocrática” de la ciencia del derecho penal como una teoría que solo es accesible para los entendidos.²⁵ En cualquier caso, la actitud

¹⁸ *Ambos*, GA 2016, 177 (181 s.); a favor, de *Sousa Mendes*, *Causalidade complexa e prova penal*, 2018, p. 79 con nota al pie n.º 175; en esta dirección, *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 3, con la aclaración de que “muchos temas clásicos de la dogmática del derecho penal alemana se discuten en otros países en la filosofía práctica”. Cf. también *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 212 s. (la ciencia del derecho penal alemana tiende a evitar el deseable “intercambio más estrecho con la filosofía contemporánea” y, en su lugar, busca (en parte) una “revalorización a través de grandes nombres, escuelas conocidas o grandes teorías”).

¹⁹ *Ambos*, GA 2016, 177 (182 s.).

²⁰ Así, la limitada influencia del derecho procesal penal alemán puede atribuirse, entre otras cosas, al hecho de que es percibido ampliamente como un procedimiento inquisitorial en el sentido histórico tradicional. Mientras que el término “adversarial” se equipara con un énfasis en los derechos de los acusados y procesados, el derecho procesal alemán es frecuentemente etiquetado como el proceso inquisitivo del *Ancien Régime* (véase, en detalle, *Heinze*, *International Criminal Procedure and Disclosure*, 2014, p. 152 ss.; para un ejemplo reciente de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, véase *Ambos* [nota al pie n.º 8], § 8 n.º m. 42 con nota al pie n.º 296).

²¹ *Ambos*, GA 2016, 177 (184 s.).

²² Recientemente, por ejemplo, con respecto al derecho penal europeo: *Staffler*, ZStW 130 (2018), 1147 (1178 ss., quien cita mi posición en la nota al pie n.º 162 como relativización de las influencias internacionales). Sobre la comparación cultural y el giro cultural desde la perspectiva del derecho comparado, *Ambos*, RW 2017, 247 (262 ss.), y *el mismo*, *UCLA Journal of International and Foreign Affairs* 2020, 9 (30 ss.), respectivamente con otras referencias.

²³ Por ejemplo, el grado de legitimidad democrática de los procesos legislativos y la calidad artesanal en la elaboración de sus productos. Un ejemplo crítico en este sentido es el derecho penal europeo y la política criminal europea, por lo que había que estar de acuerdo con el resultado de la decisión de Lisboa del *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional alemán] (*Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 397 [especialmente 399, sobre la importancia de los “patrones de identificación” culturales]), incluso si se pusiera demasiado énfasis en la idea (del Estado nación) de la vinculación cultural del derecho penal en comparación con el aspecto de la problemática de la legitimidad democrática de la política criminal de la UE y la correcta exigencia de una interpretación restrictiva de las bases de competencia del derecho primario relevante para el derecho penal (al final, probablemente incluso innecesariamente).

²⁴ *Vogel*, JZ 2012, 25 (29).

²⁵ *Ambos*, GA 2016, 177 (187).

egocéntrica asociada a esto no podrá mantenerse para siempre. Un enfoque más orientado al futuro consiste en abrirse a las ideas de un derecho penal intercultural o transcultural,²⁶ lo que resulta tanto más cierto cuanto que (al menos) en el “‘círculo cultural occidental’ [...] no existen divergencias demasiado marcadas que se opongan a una teoría general del delito”.²⁷ En otras palabras, los valores compartidos y las convicciones fundamentales de las sociedades liberales occidentales pueden defenderse decididamente sin una pizca de relativismo, porque no son “productos de la casualidad” sino “la quintaesencia de la historia de la experiencia y del sufrimiento de Europa y de gran parte del resto del mundo”.²⁸ Por supuesto, esto también forma parte de nuestra cultura, pero no de la historia local o nacional, sino de la historia europea transnacional desde la Ilustración.

La segunda razón principal de la pérdida de importancia del derecho penal alemán en el mundo es terrenal; radica en su *lenguaje*, en un doble sentido. Por un lado, las investigaciones dogmáticas de los autores alemanes carecen a menudo de comprensibilidad y claridad,²⁹ de modo que incluso los hablantes nativos tienen dificultades para entender el mensaje. Volveremos sobre esto más adelante. Por otro lado, el dominio de la lengua inglesa es cada vez mayor, lo que se ve acentuado por el hecho de que algunos términos que en Alemania se dan por sobreentendidos solo pueden ser traducidos a esa lengua y comunicados a un público anglófono con un esfuerzo considerable.³⁰

II. Réplica (en especial, *Schünemann*) y dúplica

Mis reflexiones han recibido —como ya se ha demostrado en parte en las notas al pie

²⁶ *Ambos*, GA 2016, 177 (185). Crítico *De-La-Vega*, en: Böse/Schumann/Toepel (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, 2019, p. 107; p. 117: esto significa “vender el burro para comprar la albarda” [N. de T.: en alemán se usa la expresión “tírar al bebé con el agua del baño” pero no hay una traducción literal para el español], porque lo que importaría no es la comprensibilidad, sino la “identidad del soberano con el pueblo”, de modo que “la ley es la voluntad del pueblo”. Pero, ¿qué soberano representa al pueblo en este panorama? Si se trata del gobierno legitimado (de forma indirecta) democráticamente (a través del parlamento), entonces esto coincide con mi posición de la primacía del principio democrático sobre el del derecho penal (dogmáticamente) correcto (sobre esto, también, *Ambos*, ZIS 2019, 548 [550 ss.] con referencia a Morsch y Bung).

²⁷ Con acierto, *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 297.

²⁸ *Pawlik* (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), p. 253.

²⁹ También crítico en este sentido *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 43 (“[...] la necesidad de claridad, sencillez y comprensibilidad de los contextos de razonamiento dogmático. Solo así se puede garantizar la transparencia necesaria para que las tesis de la dogmática sean verificables (y, por tanto, también criticables). El ‘sentido de una profundidad prometedor’ no es un rasgo de calidad, sino una debilidad argumentativa: el lenguaje poco claro es, por regla general, un mero signo de pensamiento poco claro”); también n.º m. 95.

³⁰ *Ambos*, GA 2016, 177 (188). De otra opinión, probablemente, *Fletcher*, *The Grammar of Criminal Law. Volume Two: International Criminal Law*, 2020, 4 (“German *Dogmatik* ... lingua franca...” (la cursiva es del original)).

anteriores— aprobación,³¹ críticas bien ponderadas³² y rechazo (duro).³³ Tengo que admitir de forma autocrítica que no advertí que mis consideraciones no estaban respaldadas empíricamente.³⁴ Pero me pareció evidente que se trataba de una valoración subjetiva basada en la experiencia y la observación personal, pero no validada por una investigación empírica exhaustiva. Además, dicha validación empírica —con vistas a establecer la (menguante) influencia *universal* de la ciencia jurídico-penal alemana— solo sería posible con un gran gasto material y de recursos humanos (es decir, en el marco de un proyecto financiado por terceros).

Sea como fuere, solo *Schünemann* se ha ocupado minuciosamente de mis reflexiones. Me siento honrado por ello, porque *Schünemann* es, sin duda, uno de los penalistas alemanes más influyentes.³⁵ Por consiguiente, me gustaría limitar mi réplica a un análisis de su réplica,³⁶ en la medida en que el intercambio es adecuado para impulsar de nuevo las cuestiones de fondo y los aspectos materiales decisivos y hacer avanzar así el discurso —en un sentido absolutamente dialéctico³⁷—.

³¹ Por ejemplo, *Lagodny*, ZIS 2016, 672 (672 con nota al pie n.º 3); *Kubiciel*, ZStW 129 (2017), 480; *Strate*, NJW-aktuell 22/2016; *de Sousa Mendes* (nota al pie n.º 18), p. 79 con nota al pie n.º 175 (“importância da abertura a modelos e estilos estrangeiros de fazer filosofia, ciência e dogmática do direito penal e a necessidade de intensificar o direito comparado”). *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 5 con nota al pie n.º 10, que me cita como “de otra opinión” con respecto a su tesis de la gran influencia de la ciencia del derecho penal alemana, pero solo se refiere a ciertos países tradicionalmente asociados a nuestro derecho penal (véase la nota al pie n.º 5), donde no discuto en absoluto la influencia alemana. Además, *Hilgendorf* está de acuerdo conmigo en numerosos puntos de fondo, tal como queda acreditado en numerosas notas a pie de página de este texto.

³² Así, *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7, por un lado, con n.º m. 85t, pero, por otro lado, n.º m. 85x; similar, *Pastor*, en: *Ambos*, Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana, 2016, p. 69 ss. y en: *Ambos*, El futuro de la ciencia jurídico-penal alemana, 2016, p. 71 ss.; *Cote*, en: ídem, p. 51 ss.; puntualmente crítico *De-La-Vega* (nota al pie n.º 26).

³³ *Schünemann*, ZIS 2016, 654; *Robles*, en: Suarez López/Barquín Sanz/Benítez Ortúzar/Jiménez Díaz/Sainz-Cantero Caparrós (eds.), Estudios Jurídico Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Lorenzo Morillas Cueva, 2019, p. 575 (575 ss. con nota al pie n.º 2, 5: defensa de la dogmática contra el *common law* subdesarrollado y la política criminal aristocrática y autoritaria).

³⁴ Una reserva como tal la hace *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 185, pero sus consideraciones están más orientadas a los fundamentos (que a lo internacional), y es precisamente en esta orientación en la que uno se da cuenta de lo difícil que es encontrar condiciones objetivas para una ciencia jurídico-penal importante. Por supuesto, se puede debatir si el tiempo de trabajo se invierte de forma “sensata” en temas científicamente importantes y si también se utiliza adecuadamente con vistas a la “urgencia desde una perspectiva social”.

³⁵ Los tres primeros volúmenes de su “*Gesammelten Werke*” sobre fundamentos, autoría y derecho procesal penal acaban de ser publicados por *De Gruyter* (2020).

³⁶ Otras reacciones estarán documentadas en las siguientes notas al pie junto con el texto principal.

³⁷ El discurso dialéctico y el contra-discurso es probablemente el método más productivo para obtener conocimiento científico, al menos si se entiende al discurso del derecho penal como un proceso comunicativo (fundamental *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1978;

El reproche principal de *Schünemann* es que yo argumento en un “metanivel pragmático”³⁸ y que, en cambio, desatiendo el “nivel del objeto”.³⁹ Aquí se da, en parte, un malentendido y, en parte, el reproche es fundamentalmente incorrecto, al menos en su punto decisivo.

En cuanto a lo *fundamental*, se ignora que para una ciencia jurídico-penal que, en primer lugar, no se practica únicamente por su propio interés y, en segundo lugar, reconoce que no es posible (o que ya no es posible) aislarse de las influencias internacionales,⁴⁰ una pérdida de resonancia en el plano internacional *debe* ser preocupante. En otras palabras: la clara separabilidad que supone *Schünemann* entre el “nivel del objeto” y un “metanivel” en el que se producirían resonancias más o menos fuertes, sigue siendo teórica o solo surgiría (de forma relevante para la práctica) si quienes se preocupan por la mencionada pérdida de resonancia practicaran o quisieran practicar la ciencia jurídico-penal para ser reconocidos (exclusivamente) en el ámbito internacional y, *en esa medida*, tener “éxito” en esa empresa. Sin embargo, en contra de lo sostenido por *Schünemann*, mirándolo bien nadie aboga (por lo que se puede observar) por que la ciencia jurídico-penal alemana se involucre en una competencia basada en el *dumping*, en la que lo único que importa es ser escuchado y aceptado en el ámbito internacional en la mayor medida posible.⁴¹ En cambio, se trata — ¡obviamente! — de la transmisión o comunicabilidad de los propios contenidos y conocimientos, porque lo que ha sido ideado, por supuesto, también tiene que poder ser comunicado. Los esfuerzos criticados por *Schünemann* van en esta dirección, pero no implican un rechazo del discurso⁴² ni se

Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, p. 272 ss. [sobre “la teoría del discurso jurídico”]; similar, recientemente, *Haas*, en: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (nota al pie n.º 3), p. 277 [286, 305: “Proceso dialógico de búsqueda de la verdad a través del discurso y el contra-discurso” en discusión con la teoría del delito de Jakobs]).

³⁸ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 y passim.

³⁹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 ss.

⁴⁰ El hecho de que “la ‘administración de justicia penal’ de Bruselas es intra muros” ya fue tenido en cuenta —por supuesto, ¡con razón! — por *Schünemann* en 2002 (GA 2002, 501).

⁴¹ Cf. *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (664): “propaganda de un retroceso”; también *el mismo* (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), p. 226 (“Proclamación de un retroceso, [...] descenso del nivel de racionalidad y una [...] inmadurez autoinfligida” [en contra de J. Vogel]).

⁴² Cf. *Weigend*, GA 2020, 145 (“Es precisamente en aras de estos principios [que será necesario entablar un diálogo con juristas de otras culturas jurídicas que se ‘tejen’ de manera completamente diferente, sin negar de entrada la honestidad o incluso el carácter científico de sus consideraciones]”; *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 291 (“Quienes quieran aportarles conocimientos, convicciones y principios a las comisiones, organizaciones y jurisprudencia internacionales deben comunicar y publicar en inglés en lugar de insistir en la lengua y la terminología jurídica alemanas. Pero, sobre todo, es necesario trascender el horizonte habitual del destinatario y analizar con qué conocimientos previos se acercan los demás participantes a los procesos de negociación jurídica. Igualmente importante es el estar dispuesto a desprenderse de lo conocido y acostumbrarse a los compromisos más allá de centrarse en el propio sistema jurídico y la dogmática”).

cierran a las influencias y los desarrollos internacionales.⁴³ Del mismo modo, los “déficits de resonancia en organizaciones internacionales y foros de debate” *pueden* ser, por supuesto, una expresión de puntos vulnerables o déficits referidos al contenido. Pero una diferencia categórica entre el objeto y los metaniveles en cuestión en el sentido de *Schünemann*, entre los que no tienen (o no pueden tener) lugar procesos osmóticos, se sostiene y cae (obviamente) con la imposibilidad de cuestionar lo que él alza como la medida de todas las cosas y que denomina “mos analytico-philosophicus civitatis iuris – ‘mapci’”⁴⁴, es decir, con una entronización de la dogmática del derecho penal (alemana) como un “cuarto poder”.⁴⁵

Quien, como hace finalmente *Schünemann*, acusa en general a todo el ámbito del *common law*, así como al mundo francófono, de no estar interesado en un “diálogo e intercambio constructivo con el resto del mundo” (¡sic!) o de negarse a “reconocer el nivel de racionalidad exigido a todos los participantes en la doctrina jurídico-penal en idioma alemán”,⁴⁶ rechaza en última instancia, incluso desde el principio, el “diálogo abierto, sin esperar un resultado concreto, con ordenamientos jurídicos similares, pero sobre todo con ordenamientos jurídicos ajenos”.⁴⁷ Por el contrario, debe tratarse de mejorar la capacidad de diálogo, en la que los aspectos de *comprensibilidad* lingüística desempeñan un papel esencial. En este sentido, es significativo que *Schünemann* me reproche que haya utilizado a *Jareborg*⁴⁸ injustificadamente en un punto central.⁴⁹ En referencia a él, afirmé que un sistema del hecho punible internacionalmente adecuado “debe ser eficiente y comprensible”.⁵⁰ Esta afirmación reproduce claramente el fragmento del texto de *Jareborg*,⁵¹ quien busca el equilibrio entre la accesibilidad o la comprensibilidad y la capacidad de rendimiento conceptual, con la misma autenticidad con la que la siguiente explicación detallada encaja en el contexto: “Quien esté

⁴³ Véase, en este sentido, *Kubiciel*, JZ 2018, 171 s., con una perspectiva desde la política criminal: “Un legislador que responde a impulsos tan dispares porque debe responder a ellos según las normas del derecho internacional o los mandatos de la prudencia política no puede trabajar sistemáticamente”.

⁴⁴ *Schünemann* (nota al pie n.º **Error! Bookmark not defined.**), p. 225, 236; *el mismo*, ZIS 2016, 665. En cuanto a la ganancia de racionalidad a través de la sistematización, a favor *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 101 (quien sin embargo considera que *Schünemann* podría haber utilizado como mucho el término —“mapci”— “un poco en serio, un poco en broma” [*Hilgendorf*], pero no los contenidos asociados a él).

⁴⁵ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (663).

⁴⁶ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665); sobre esto, *Weigend*, GA 2020, 139 (145): negación explícita del “carácter científico de lo que se discute en los países francófonos, por ejemplo, así como en todo el ámbito del *common law* en la discusión penal”.

⁴⁷ Para algo así *Ambos*, GA 2016, 177 (189); en ese sentido, a favor, *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85x.

⁴⁸ *Jareborg*, *Revue Internationale de Droit Pénal* 52 (1981), 519.

⁴⁹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667 s.).

⁵⁰ *Ambos*, GA 2016, 177 (180, cursivas añadidas).

⁵¹ El pasaje en cuestión dice: “*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*” (*Jareborg*, *Revue Internationale de Droit Pénal* 52 [1981], 519 [520]).

realmente interesado en un discurso transfronterizo sobre el derecho penal, en una gramática universal, debe *partir* de las estructuras y categorías *más simples posibles*, porque solo entonces existe una *base común de comprensión*.⁵²

En este asunto, desde un punto de vista que, en última instancia, declara que su propio “nivel de racionalidad” es superior e incuestionable,⁵³ no es posible ver —algo que no sorprende— que el esfuerzo de una ciencia jurídico-penal orientada a las consecuencias para encontrar o crear puntos de partida y fundamentos para el discurso en el ámbito internacional no representa un paso atrás, sino más bien un intento de no perder o restablecer completamente la capacidad de la ciencia jurídico-penal alemana de generar conexiones. Lo mismo ocurre con el aspecto *puramente* lingüístico: a este respecto, *Schünemann* piensa (incorrectamente) que estoy adoptando la posición “de que la dogmática alemana sería errónea en cuanto al contenido cuando sus términos no pueden traducirse al inglés”.⁵⁴ Por el contrario, hay que distinguir, en primer lugar —y esto es lo que (me) importa—, entre los límites a los que a menudo llegan las traducciones (*literales*) de los textos alemanes, porque ciertos conceptos dogmáticos son poco o nada familiares en el lenguaje jurídico angloamericano,⁵⁵ y la participación directa y personal en los discursos angloamericanos, que en mi opinión puede ser extremadamente fructífera,⁵⁶ pero que, lamentablemente, todavía está lejos de ser cultivada por suficientes colegas. Una situación especial se presenta cuando, incluso de la misma manera, ciertas ideas de la dogmática penal local no pueden ser transmitidas adecuadamente o —en palabras de *Vogel*— “parafraseadas”.^{57 58} Tales problemas de transmisión indican ciertamente que, al menos en algunos casos, no es el idioma el que falla, sino un excesivo distanciamiento de la dogmática del derecho penal con respecto al problema de fondo,⁵⁹ que también se encuentra generalmente dentro del otro ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello puede ser la notable

⁵² *Ambos*, GA 2016, 177 (180, *cursivas* añadidas).

⁵³ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665 s.).

⁵⁴ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (668 con nota al pie n.º 85).

⁵⁵ Cf. también *Weigend*, GA 2020, 139 144 (faltaría una lengua común y “el inglés no es adecuado para la comunicación sobre la dogmática penal de derecho continental europeo debido a las figuras de pensamiento bastante diferentes a las de los sistemas jurídicos del *common law*”). Sin embargo, el propio *Weigend* es uno de los intermediarios más importantes y capaces de la dogmática penal alemana en el mundo angloamericano, Cf. *Hoven/Kubiciel*, en: *Hoven/Kubiciel* (eds.), *Zukunftsperspektiven des Strafrechts. Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend*, 2020, p. 10 ss., así como la lista de publicaciones allí expuesta (p. 373 ss.), con numerosas publicaciones en inglés.

⁵⁶ *Hörnle* (nota al pie n.º 3), p. 302.

⁵⁷ *Vogel*, JZ 2012, 25 (28).

⁵⁸ *Ambos*, GA 2016, 177 (190).

⁵⁹ En este sentido, a favor, *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 43 (citado anteriormente: nota al pie n.º 29).

amplitud interpretativa y configurativa del dogma del bien jurídico.⁶⁰

El área de *lo que se ha malentendido* me parece entonces afectada cuando *Schünemann* se opone a mi crítica a la ciencia jurídico-penal alemana como (todavía demasiado) caracterizada por un “modelo de discurso tendencialmente distanciado de la democracia y aristocrático”⁶¹ (especialmente, en el sentido de *Donini*). Sin embargo, mirándolo bien, (solo) se presentan dos contraargumentos. En primer lugar, según *Schünemann* mi opinión no es convincente⁶² ya por el hecho de que “las pequeñas [...] cuestiones de interpretación, como, por ejemplo, el concepto de arma o herramienta peligrosa” se discuten con bastante intensidad,⁶³ por lo que “mientras tanto, los estudiantes de derecho también participan con sus propias publicaciones” y “una especie de intercambio permanente entre las reseñas críticas de todas las resoluciones judiciales de alguna manera importantes, por un lado, y, por otro, la utilización de la doctrina sobre dogmática en estas sentencias forma parte del estándar mapci”.⁶⁴ No obstante, en cierta medida ese ataque cae por sí solo, ya que —aparte de la sobreproducción literaria,⁶⁵ en su mayor parte superflua, que está vinculada con esto— describe en última instancia lo que *Donini*, por ejemplo, critica: obviamente, el reproche contra una “aristocracia del derecho penal” no puede refutarse refiriéndose al hecho de

⁶⁰ *Ambos*, GA 2016, 177 (188); a favor, *Lagodny*, ZIS 2016, 678 (“Para el derecho comparado, esta idea significa que hay que ser cauteloso al trasladar la teoría del bien jurídico a otros sistemas y tradiciones jurídicas. [...] El número de obras extranjeras que incorporan la teoría del bien jurídico no es una prueba convincente mientras no se revele que el correspondiente sistema jurídico extranjero ofrece puntos de partida para tal transferencia y no muestra ninguna contraindicación”) con la observación adicional de que la función crítico-legislativa de la teoría del bien jurídico, que *Schünemann* ha situado absolutamente en el centro, ni siquiera “se ajusta a la cultura legislativa austriaca”. En este sentido también *Wohlers*, en: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* (nota al pie n.º 3), p. 307 (309, no es relevante en otros sistemas jurídicos); Cf. también *Kubiciel*, ZStW 129 (2017), 473 (476), sobre un bien jurídico muy específico del área de la “confianza en la integridad y el funcionamiento del mercado de capitales y otras instituciones”, que ejemplifica lo abierto que está el concepto del bien jurídico al momento de ser desarrollado o configurado. Esto plantea entonces dudas sobre si el dogma del bien jurídico (en sí mismo) puede realmente proporcionar las respuestas decisivas a la cuestión de si, o hasta qué punto, ciertas alteraciones de la “confianza” en los mercados de capitales pueden ser adecuada o legítimamente criminalizadas. Cf. sobre las reservas fundamentales sobre el potencial del dogma del bien jurídico, *infra* nota al pie n.º 77 ss. con el texto principal.

⁶¹ *Ambos*, GA 2016, 177 (178), con referencia a *Donini*, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform*, 2006, p. 7 ss.

⁶² O, en el mejor de los casos, solo convencería a alguien “que nunca ha leído una revista de derecho penal alemana” (*Schünemann*, ZIS 2016, 654 [667]).

⁶³ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665 con nota al pie n.º 77).

⁶⁴ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (666).

⁶⁵ Aquí se realiza mucha “dogmática” sin repercusión en el sentido de *Burkhardt* (en: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 111 [127 ss.]; con un entendimiento conceptual diferente, *Schünemann*, GA 1995, 201 [221 ss.]: “Eclecticismo”, “La dogmática como defensa de intereses” y “Tradicionalismo”) y se produce una “avalancha de publicaciones” inmanejable (*Burkhardt*, op. cit., p. 129 ss. con numerosas referencias), sobre todo demasiada literatura pedagógica, de manuales y de comentarios, a menudo producto de la presión de publicación en el sistema académico y condicionada por la enseñanza; también crítica *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 209, 224 (“demasiado tiempo invertido en comentarios y libros de texto cortos”, “repetitivo”); *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85e. Sobre “el exceso de libros homenaje” véase *infra* en la nota al pie n.º 115 con el texto principal.

que jóvenes aristócratas, académicamente ambiciosos, están trabajando en un problema ocasionado por el legislador y con respecto al cual el Tribunal Supremo Federal alemán⁶⁶ le ha pedido insistentemente que lo remedie.⁶⁷ En este contexto, también se constata que ciertas áreas temáticas están “poco investigadas”, en algunos casos a diferencia del mundo angloamericano.⁶⁸

Además, según la segunda objeción de *Schünemann*, el reproche de “ser distante respecto de la democracia” es erróneo, porque las decisiones legislativas solo tienen que ser indirectamente atribuibles al acto electoral⁶⁹ y, en el sentido de la “teoría material de la legitimidad de la democracia deliberativa [...], las decisiones deben tomarse sobre la base de un discurso de ponderación argumentativa lo más abarcador posible, que se realiza idealmente mediante el control intelectual del poder judicial por el mapci que he descrito”.⁷⁰ La objeción de la legitimidad democrática indirecta y, en el mejor de los casos, lograda discursivamente en el proceso de formación de la opinión política es ciertamente correcta, pero —obviamente— no me refiero a esta cuando hablo aquí de tendencias distantes de la democracia en la *ciencia jurídico-penal* alemana. Precisamente uno de los ejemplos citados por *Schünemann*⁷¹ renueva ilustrativamente la cuestión de si es realmente ideal que el estándar “mapci” (y la jurisprudencia) —en lugar del legislador— determine los límites

⁶⁶ Cf. BGHSt 52, 257 (269).

⁶⁷ Sin embargo, esto pone de manifiesto un problema vinculado a los roles que afecta duramente a los jóvenes investigadores: porque también y sobre todo se espera de ellos que se comporten de acuerdo a su rol y que publiquen en consecuencia. El resultado es que, por un lado, se publica mucho material superfluo y, por otro, quedan áreas temáticas enteras sin explorar (véase la siguiente nota a pie de página con el texto principal).

⁶⁸ Sobre el derecho penal de la integridad sexual, por ejemplo, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 208; sobre las fuentes de los errores en el proceso penal y sus causas (con especial atención a la evolución en EE.UU.) *König*, en *Dessecker/Harrendorf/Höfler* (eds.), *Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung*, 2019, p. 379 (379 ss.), disponible en: <https://univerlag.uni-goettingen.de/handle/3/isbn-978-3-86395-430-7> [enlace verificado el 19 de agosto de 2022]). En general, la investigación en materia de justicia penal en Alemania está poco desarrollada en comparación con el sistema jurídico angloamericano, lo que, por supuesto, también se debe a la escasa importancia y a la insuficiente dotación de personal de la criminología empírica (Cf. en general sobre la situación de la criminología en Alemania el *Freiburger Memorandum* de 2012, disponible en:

https://static.mpicc.de/shared/data/pdf/freiburger_memorandum_kriminologie_de_12.pdf [enlace verificado el 19 de agosto de 2022]). Pero también se debe a nuestro exceso de énfasis en los temas clásicos de la dogmática, lo que a su vez conduce a la justamente lamentada “avalancha de publicaciones” (nota al pie n.º 65) y a una “sobredogmatización” (sobre esto *infra* nota al pie n.º 94 con texto principal).

⁶⁹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667): “Según la teoría formal de la representatividad, la democracia significa que el ejercicio del poder estatal, es decir, las decisiones políticas del poder legislativo y, por tanto, indirectamente, la aplicación de la ley por parte del poder ejecutivo (que tiene responsabilidad parlamentaria a través del gobierno) y del poder judicial, puede remontarse en última instancia a un acto de elección por parte del *demos*, la población activa; los enunciados genuinos de la ciencia jurídica se ven tan poco afectados por ello como todos los demás enunciados científicos o expresiones de opinión detrás de los cuales no hay poder estatal”.

⁷⁰ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667).

⁷¹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (665 con nota al pie n.º 77).

de la punibilidad en virtud del § 244, párr. 1, n.º 1, letra a, var. 2, StGB.

Para *Schünemann*, el aspecto crítico del sistema del concepto de bien jurídico es central para el estándar “mapci” que él difunde.⁷² Evidentemente con el fin de que el concepto tenga más resonancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (que rechaza el concepto del bien jurídico como límite del derecho penal⁷³), propone una “reinterpretación” de la jurisprudencia del Tribunal.⁷⁴ Ahora bien, por supuesto que es tarea de la ciencia jurídico-penal entrar en diálogo con la respectiva jurisprudencia constitucional para convencerla⁷⁵ de que el derecho constitucional, especialmente el principio de proporcionalidad, no puede reproducir la discusión tan diferenciada de la teoría del derecho penal sobre los fundamentos y los límites de la pena estatal y que, en última instancia, se muestra más permisiva frente a la pretensión estatal de castigar.⁷⁶ Sin embargo, el esfuerzo que *Schünemann* considera necesario para su “reinterpretación”⁷⁷ es sorprendente, habida cuenta del postulado apodíctico realizado unas páginas más adelante respecto de que todas las “resoluciones judiciales de alguna manera significativas” receptan la literatura dogmática en el sentido de los estándares “mapci”.⁷⁸ Por cierto, este postulado tiene poco que ver con la práctica de los órganos judiciales de investigación de los hechos, como se analizará más adelante. El hecho de que allí la literatura dogmática se incluya (siempre) en el proceso de toma de decisiones en el sentido de los estándares-mapci, de forma detallada y cuidadosamente ponderada, es una imagen ideal que

⁷² Cf. *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660–662).

⁷³ BVerfGE 120, 224 (241, no hay “requisitos más estrictos” para las normas penales a partir de la teoría de los bienes jurídicos). De la literatura, véase, por ej., *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 390 (“En la Ley Fundamental, el concepto de bien jurídico como límite de punibilidad que se impone al legislador es tan contrario al sistema como superfluo”); *Stächel*, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 67 ss. (“Una teoría de los bienes jurídicos no establece por sí misma ningún límite para el legislador”, p. 67); *Gärditz*, *Der Staat* 49 (2010), 331.

⁷⁴ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660).

⁷⁵ Pues “deja en manos de la Constitución y del legislador lo que los penalistas consideran irrazonable, siempre que eso no sea traducible en una inconstitucionalidad” (*Ambos*, GA 2017, 297 [321]). Acertadamente, sobre la diferenciación entre los niveles de derecho constitucional y derecho penal interno, *Stucken*, GA 2011, 653 (660); con razón, sobre el carácter no vinculante legislativo y constitucional del dogma del bien jurídico, *Wohlers* (nota al pie n.º 60), p. 317 s.

⁷⁶ Cf. ya *Ambos*, en: *Zöller/Hilger/Küper/Roxin* (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, p. 1285 (1292 s.); en este sentido también *Zaczyk*, *Der Staat* 50 (2011), 295 ss.; *Greco*, en: *Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum* (eds.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, p. 13 (22 ss.); *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85n (el principio de proporcionalidad como “igualador y estabilizador” [Ossenbühl]); *Du Bois-Pedain*, en: *Simester/Du-Bois-Pedain/Neumann* (eds.), *Liberal Criminal Theory*, 2014, p. 305 ss. (sobre esto *Ambos*, GA 2017, 319); también *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 536 (con la afirmación de que el derecho penal se escaparía al control constitucional); pero también véase *el mismo*, ZIS 2016, 672, según el cual en Austria se maneja sin la teoría del bien jurídico, “solamente” con el derecho constitucional.

⁷⁷ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (660–662).

⁷⁸ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (666).

solo puede causar desconcierto y asombro entre quienes ejercen la profesión en la praxis.⁷⁹ También es sorprendente que *Schünemann* afirme sin rodeos que el “dogma del bien jurídico [...] fue rechazado en el nacionalsocialismo”⁸⁰ y que es (después de todo esto) “*ab ovo* inadecuado” pretender una reconexión del derecho penal con “la protección de los derechos humanos”, sobre todo porque esto terminaría en “una versión reducida de la doctrina de la protección de los bienes jurídicos”.⁸¹

En cuanto al nivel de la metodología, *Schünemann* critica con exageraciones mis votos a favor de una mayor acentuación del método inductivo y de la inclusión más fuerte de los conocimientos empíricos: según él no se puede sostener una solución en cierto sentido *puramente* inductiva del caso, porque las valoraciones relacionadas con el caso deben derivarse siempre de lo que está fuera del caso⁸² y las normas, como proposiciones del deber ser, no pueden verificarse empíricamente. También aquí solo puedo estar parcialmente de acuerdo en lo fundamental con *Schünemann*. Por supuesto que toda solución de un caso —al menos en un sistema positivista (basado en la ley) — comienza en primera línea con la ley. Y, por supuesto, hay que garantizar que la solución de los casos concretos esté libre de contradicciones.⁸³ Sin embargo, la cuestión es si realmente las soluciones correctas (libres de contradicciones) pueden ser garantizadas de una mejor manera mediante un sistema de pensamiento fuertemente concentrado (por no decir fijo) en el concepto de delito y en el dogma (abierto a la interpretación) del bien jurídico, o si no sería más adecuada una forma de proceder que se acerque más al problema fáctico de un caso como fenómeno social (y, por

⁷⁹ De forma diferenciadora, en ese sentido, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 200 ss., quien supone fundamentalmente un “estrecho engranaje” entre la ciencia y la práctica, pero considera que el posible “aseguramiento de la coherencia” y de una mayor justicia o, al menos, de una mejor justificación, se consigue sobre todo con la jurisprudencia de los tribunales supremos y no pretende basarse en el estándar imposible de cuestionar del *mapci*, sino que se refiere a una “dogmática uniforme en sus postulados básicos y, por tanto, influyente”. Además, reconoce “un abismo muy profundo entre la teoría y la práctica” en ámbitos especiales, especialmente el derecho penal económico” (p. 218).

⁸⁰ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (662). Esto resulta sorprendente ante el trasfondo de la defensa del concepto de bien jurídico por parte de *Schwinge* frente a los ataques de la Escuela de Kiel (a este respecto, sobre todo *Dahm*, *Schaffstein*) y el enriquecimiento de su concepto teleológico de bien jurídico con las ideas nacionalsocialistas, por lo que -en contra de lo que afirma *Schünemann*- no tuvo que ser “rechazado” en primer lugar y solo hubo una “disputa aparente” (y metodológica) entre *Schwinge* y la Escuela de Kiel (sobre esto, con otras referencias, *Ambos*, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2018, p. 60 ss., 75, 87 ss.).

⁸¹ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (669).

⁸² *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (667): “Dado que los casos no se deciden por sí mismos, hay que encontrar, por supuesto, una premisa mayor, por lo que, una vez más, hay que poner a prueba esta premisa mayor con nuevos casos para ver si, posiblemente, se ha formulado de forma demasiado general o requiere una mayor diferenciación con respecto a otras peculiaridades de los diferentes casos”.

⁸³ Cf. también *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º 42 (“Consistencia” como “libre de contradicciones lógicas”).

tanto, también accesible a la reflexión empírica).⁸⁴ Esto es todavía más cierto cuando los principales problemas actuales se refieren a la parte especial y no a la parte general, por lo que están cada vez más influenciados y conformados por las directrices internacionales.

Schünemann también tiene razón (por supuesto) en que las proposiciones/enunciados de deber ser no pueden ser cuestionados empíricamente, pero es un estrechamiento artificial de la perspectiva reducir la ciencia jurídico-penal al trabajo con proposiciones de deber ser, característico de la filosofía (del derecho). Esto se aplica tanto al trabajo sobre casos concretos como a la referencia a la política criminal: por supuesto, es posible, por ejemplo, examinar la relevancia práctica de una determinada teoría, *v. gr.*, entrevistando a personas expertas en la materia que se desempeñan en la praxis. Si resulta que ciertas teorías fracasan en el caso práctico debido a su nivel de abstracción o por la abstracción de sus criterios (de decisión), se puede seguir diciendo, en efecto, que son “correctas”, que utilizan los “conceptos correctos” y que encajan en el “sistema de derecho penal correcto”,⁸⁵ pero una verdadera ciencia total del derecho penal debería esforzarse por darle a la práctica el pan que le pide, no piedras. La importancia de la criminología empírica —el “elefante en la habitación” en estas consideraciones normativo-dogmáticas— es aún más clara en el ámbito de la intersección entre la política criminal y la dogmática del derecho penal. Porque, evidentemente, es posible evaluar con los medios de la investigación social empírica en qué medida determinadas disposiciones penales, por ejemplo, para combatir la trata de personas (§§ 232-233a StGB),⁸⁶ cumplen las expectativas allí depositadas.

Además, cuando *Schünemann*,⁸⁷ precisamente respecto de esta intersección con la política

⁸⁴ Cf. en ese sentido, también *Hörnle*, en: Heilinger/Nida-Rümelin (eds.), *Anthropologie und Ethik* (2015), p. 97 (98 ss., especialmente p. 102: “En particular, una concepción puramente normativa del ser humano no sería base suficiente para un ordenamiento jurídico: son necesarias las referencias al conocimiento empírico sobre el ser humano. Esto se aplica no solo, sino también especialmente, al ámbito de la legislación. Quienes tienen que crear o revisar las normas deben estar lo suficientemente interesados en las circunstancias reales de la existencia humana”); *la misma*, (nota al pie n.º 3), p. 298 (la tarea de la ciencia del derecho es el “desarrollo de las consecuencias que resultan de las precondiciones empíricas y las premisas normativas para las perspectivas de evaluación del derecho penal, y en el desarrollo de categorías, clasificaciones y terminología que sean apropiadas para estas perspectivas de evaluación”); así como *la misma*, (nota al pie n.º 6), p. 215. Cf. además, *Kubiciel*, *JZ* 2018, 171 (177), sobre el cohecho en el sector sanitario (“En lugar de seguir haciéndole eco al concepto jurídico-penal de bien jurídico, los penalistas podrían servir a la política criminal mediante un análisis sobre las particularidades fácticas y jurídicas, el funcionamiento interno y el diseño jurídico de dichas instituciones y examinándolas en cuanto a su vinculación con la libertad”).

⁸⁵ *Schünemann*, *ZIS* 2016, 654 (665, 668 y *passim*).

⁸⁶ Cf. BT-Drs. 18/9095, p. 22: “El Comité le pide al Gobierno Federal que evalúe la nueva versión de los §§ 232-233a del Código Penal alemán (trata de personas, prostitución forzada, trabajo forzado, así como explotación laboral y explotación con privación de libertad) en el plazo de dos años”.

⁸⁷ *Schünemann*, *ZIS* 2016, 654 (668).

criminal (internacional), afirma que yo concibo una política criminal arbitrariamente instrumental, parece pasar por alto el hecho de que mis aclaraciones, especialmente las relativas a los resultados, no pretenden ser normativo-afirmativas, sino *puramente descriptivo-analíticas*. Esto se aplica, por ejemplo, a la acusación de que “elogi[o] la dimensión policial y la cooperación de las autoridades fiscales europeas en la europeización de la administración de justicia”.⁸⁸ A lo que probablemente se refiere con esto es a un pasaje en el que —de forma puramente descriptiva (!)— muestro que en el ámbito del derecho penal europeo se refleja una concepción instrumental del derecho penal en el principio de reconocimiento mutuo.⁸⁹ Sin embargo, ya critiqué la incorporación de este principio al derecho penal en la primera edición de mi manual de derecho penal internacional⁹⁰ y más tarde también la confianza mutua como su (supuesto) fundamento.⁹¹ Lo decisivo en todo esto —y *Schünemann* parece pasarlo por alto— es que la crítica a la política criminal de la UE (o a cualquier otra política criminal), por muy justificada que esté, tendrá mucho más difícil la tarea de conseguir algún efecto si se presenta como incuestionablemente ontologizante y poco abierta al diálogo, ya en sus rasgos básicos.

III. Conclusiones y perspectivas

En esencia, me preocupa —sin querer minimizar en absoluto los innegables logros (históricos) de la ciencia jurídico-penal alemana— mantener su *capacidad de lograr conexiones en el ámbito internacional*. En este sentido, sigo considerando correctos los cambios que he propuesto:⁹²

- discurso abierto con sistemas jurídicos ajenos (en lugar de ser autorreferencial),⁹³
- practicidad y comprensibilidad de las construcciones dogmáticas (en lugar de

⁸⁸ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (669).

⁸⁹ *Ambos*, GA 2016, 177 (180).

⁹⁰ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 1.ª ed. 2006, § 9 n.º m. 27.

⁹¹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2.ª ed. 2008, § 12 n.º m. 60a, y por último 5.ª ed. 2018, § 12 n.º m. 51 (“Fantasmagoría de Bruselas o Luxemburgo”).

⁹² *Ambos*, GA 2016, 177 (189 ss.).

⁹³ También *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 119 (“sobre todo, aprender a cooperar con las ciencias del derecho penal de otros países en igualdad de condiciones”); crítica el hecho de ser autorreferencial *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 216. *Weigend*, GA 2020, 146, tiene la impresión de que un intercambio de este tipo, cara a cara, ya se ha constituido (“no más [...] como un maestro [...], sino de igual a igual”).

“sobredogmatización”),⁹⁴

- verificabilidad y revisión empírica (interdisciplinariedad criminológica),⁹⁵
- mayor comunicación en inglés⁹⁶ y
- derecho comparado orientado a los problemas.⁹⁷

En lo que respecta a la consideración de los discursos y conocimientos extranjeros, *Luis Greco* —predestinado a ello como ningún otro por su doble socialización brasileño-alemana y su visión más allá del horizonte alemán— ha marcado los estándares para las futuras obras que aparezcan con la pretensión de una dogmática internacional del derecho penal⁹⁸ con la nueva edición del primer tomo de la parte general de *Roxin*. Esto se corresponde con la posición diferenciada de *Greco* sobre la cuestión del futuro de nuestra disciplina, además de la predisposición al diálogo abierto con las ciencias jurídico-penales extranjeras,⁹⁹ el reconocimiento de la simplicidad (defendible en lo que respecta al problema de fondo)¹⁰⁰ frente a la sobredogmatización y complicación extendidas,¹⁰¹ el diálogo con la jurisprudencia,¹⁰² el control del poder a través del derecho¹⁰³ y la advertencia contra

⁹⁴ Similar *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 43 (ya citado *supra* en la nota al pie n.º 29); también crítico de los “juegos de abalorios sin significado práctico” y “un exceso de diferenciaciones” (ibíd., § 18 n.º m. 76), así como “una tendencia a analizar detalladamente los problemas dogmáticos que a veces se exagera hasta el absurdo” (ibíd., § 18 n.º m. 106); anteriormente ya *Rotsch*, ZIS 2008, 1 (“hipertrofia”).

⁹⁵ “Los métodos de la criminología empírica” (*Ambos*, GA 2016, 177 [190]) deben entenderse (también) de forma interdisciplinar. A favor de una interdisciplinariedad, *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 38; crítica a la falta de investigación empírica *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 215.

⁹⁶ Además de *Weigend* (nota al pie n.º 55), es muy meritorio el trabajo de *Hörnle*, quien, además de numerosos ensayos en inglés, ha presentado, junto con *Markus Dubber*, un análisis orientado a problemas de cuestiones básicas (incluyendo problemas seleccionados de la parte especial) del derecho penal estadounidense y alemán, en el que se transmiten importantes posiciones básicas alemanas a un público anglófono mediante la traducción de jurisprudencia central y de los comentarios, cf. *Dubber/Hörnle*, *Comparative Law*, 2014; Cf. también, *la misma* (ed.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014.

⁹⁷ Sobre esto, en detalle, *Ambos*, RW 2017, 248 (260 ss.). Énfasis en el derecho penal comparado también en *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 119.

⁹⁸ Prospectivo, ya en este sentido, *Roxin*, en: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (nota al pie n.º 65), p. 369 ss.

⁹⁹ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85w, x (en esa medida, en que está explícitamente de acuerdo conmigo).

¹⁰⁰ Nadie quiere “baby talk” (*Roxin/Greco* [nota al pie n.º 5], § 7 n.º m. 85u). Estos conceptos polémicos solo desvían la atención del problema de fondo.

¹⁰¹ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85d-f, 85s.

¹⁰² *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85g.

¹⁰³ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85j.

las expectativas exageradas puestas en la filosofía.¹⁰⁴ Sin embargo, el planteamiento de *Greco*,¹⁰⁵ al igual que el de su maestro *Schünemann*, también adolece del hecho de que sermonea el intento de diálogo y el esfuerzo por lograr esta capacidad de lograr una conexión internacional como una “diplomacia científica” inaceptable¹⁰⁶ y, por tanto, los malinterpreta, ya que no se trata, como ya se ha dicho anteriormente,¹⁰⁷ de una competencia basada en el *dumping*.

Sin embargo, el planteo de *Greco* de no solo apostrofar, sino también practicar el diálogo con las teorías extranjeras, apunta en la dirección correcta. Si nos tomamos esto en serio y participamos en los debates internacionales, el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana no es tan malo. La mayor apertura del panorama que está asociada a esto también nos ayudará a pensar de nuevo en otras áreas problemáticas,¹⁰⁸ por ejemplo:

- La organización de conferencias más orientadas al diálogo/discusión (especialmente con perspectivas a publicaciones posteriores)¹⁰⁹ y, por tanto, la ruptura de las llamadas comunidades epistémicas,¹¹⁰

¹⁰⁴ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85p. Pero para un mayor uso de la “capacidad de análisis de los filósofos contemporáneos”, *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 212.

¹⁰⁵ Menos importante es mi discrepancia con *Greco* en torno a su adopción del dictamen de *Schünemann* sobre el cuarto poder (*Roxin/Greco* [nota al pie n.º 5], § 7 n.º m. 85j), así como su temor a una “constitucionalización inadecuada” (idem, § 7 n.º m. 85n).

¹⁰⁶ *Roxin/Greco* (nota al pie n.º 5), § 7 n.º m. 85t.

¹⁰⁷ Nota al pie n.º 41 con texto principal.

¹⁰⁸ Y así, como acertadamente advierte *Hörnle* (nota al pie n.º 6), p. 223, “desprenderse [de] los caminos ya transitados”.

¹⁰⁹ Sobre esto, *Ambos*, ZIS 2020, 254 (267), con referencia al Anglo-German-Dialogue-Project de Göttingen, disponible en: <https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/anglo-german-dialogue> [enlace verificado el día 19 de agosto de 2022].

¹¹⁰ Tanto desde el punto de vista estructural como del contenido, la ciencia del derecho penal alemana ha establecido una comunidad epistémica casi cerrada (sobre la autorreferencialidad, nota al pie n.º 93 con el texto principal). Esto significa que solo extrae sus conocimientos de sí misma y de los miembros que la componen. Un ejemplo de ello es la forma en que trata a los jóvenes académicos. Hasta su nombramiento efectivo como profesores, rige algo así como una inversión comunicativa de la carga de la prueba: se supone que los jóvenes y los jóvenes académicos no tienen nada importante que decir que pueda contribuir al discurso, a menos que demuestren lo contrario. En principio, esto tiene cierta vinculación con la naturaleza de la cosa, pero sin duda está fomentado por un sistema profesional que solo puede explicarse históricamente y que todavía exalta con demasiada frecuencia el “respeto al profesor” (*Jakobs*, en: *Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg* [nota al pie 3], p. 795), en lugar de considerar el rendimiento independiente del joven académico como criterio de evaluación; por tanto, tampoco es de extrañar que la creación de cátedras junior encuentre resistencia, sobre todo en las facultades de derecho. Esto va acompañado de una desatención del contenido de los artículos de los jóvenes académicos, especialmente en las revistas clásicas que se imprimen y archivan (también en un sentido contrario al aquí expuesto *Schünemann*, *Gesammelte*

- la incorporación de un proceso de *peer-review* (organizado de una manera adecuada) en nuestras revistas,¹¹¹
- la supervisión concentrada (incluso quizás estructurada) de un número abaricable de doctorandos¹¹² y
- (relacionado con esto) la revisión de nuestros procesos de reclutamiento¹¹³ y
- (relacionado con todo esto) la limitación de una sobreproducción doctrinaria (por

Werke, tomo 1, 2020, p. V: “aumento de la cantidad de trabajos [...] por parte de los jóvenes académicos”). Hay razones comprensibles para esta desatención: cada vez más, los libros homenajes se trasladan a las revistas científicas, y dónde podría ser más impermeable una comunidad epistémica que en el homenaje que rinden sus compañeros a un colega mayor (sobre los libros homenaje, véase *infra* nota al pie n.º 115). La avalancha de publicaciones ya mencionada hace casi imposible tomar nota de las publicaciones de los jóvenes académicos. En definitiva, la exclusividad de una comunidad (históricamente desarrollada) siempre tiene razones comprensibles; sin embargo, deberíamos cuestionarla críticamente y pensar en reformas.

¹¹¹ Cf. ya *Ambos*, GA 2016, 177 (194); Cf. también *Rux*, RW 2010, 3 (8 s.), sobre la combinación del “sistema de control de calidad habitual en los países de habla alemana” con las “normas internacionales” (*peer-review*); véase también la recomendación del *Consejo Alemán de Ciencia: Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*. Situation, Analyses, Recommendations, 2012, p. 51; en cambio, en contra, *Kostorz*, KJ 2016, 417 (con una conclusión en la p. 422). Un proceso de revisión de *peer-review* “real” (anónimo) se hace en los artículos publicados en RW link: <https://www.rechtswissenschaft-nomos.de/> [enlace verificado el 19 de agosto de 2022] y también, por ejemplo, los artículos del “Goettingen Journal of International Law” (GOJIL). Véase también *Hilgendorf* (nota al pie n.º 2), § 18 n.º m. 57, quien, sin embargo, considera que se mantiene “un alto nivel académico” en las “principales revistas de derecho (penal)” (¡sic!), como GA, JZ, ZStW, incluso sin *peer-review*.

¹¹² El problema de la garantía de calidad que aborda *Kuhlen*, ZIS 2020, 327 (335), no es en absoluto nuevo, independientemente del caso concreto que critica. Los escándalos de plagio de los últimos años (Guttenberg & Co) son un testimonio elocuente de ello y demuestran que los procedimientos doctorales alemanes necesitan urgentemente un control (externo). Una limitación del número de doctorandos por director/a de tesis (de doctorado) sería una medida, y la participación de revisores externos, posiblemente incluso internacionales, sería otra. En cualquier caso, la necesidad de actuar es evidente.

¹¹³ Este amplio campo abarca desde el apoyo a jóvenes académicos (doctorado, posdoctorado) hasta la creciente introducción de puestos de *tenure track* (especialmente en el contexto de una cátedra junior), pasando por los procedimientos clásicos de nombramiento (sobre los jóvenes académicos, véase *supra* nota al pie n.º 110). Todos los que han participado alguna vez en este tipo de procedimientos —en cualquiera de sus formas— saben que las consideraciones ajenas a la materia desempeñan (cada vez más) un papel, pero nadie habla (abiertamente) de ello. La “causa Halle”, que incluso llegó más allá de la prensa local (por ejemplo, FAZ del 14/10/2020, N 4), es una excepción que confirma la regla (¡además con un jurista como rector!). De este modo, los procedimientos de nombramiento se transforman en un elaborado engendro burocrático para ocultar o pseudo-legitimar apreciaciones ajenas a la materia. Una investigación empírica de los procedimientos de nombramiento en el marco de la ciencia del derecho en los últimos diez años, por ejemplo, sería sumamente interesante y probablemente reveladora, con una comparación del perfil requerido con *todas* las postulaciones y las fundamentaciones (que consten en las actas).

ejemplo, menos comentarios, manuales cortos¹¹⁴ y libros homenaje¹¹⁵).

Esto último podría lograrse fácilmente exigiendo, en el sentido de un verdadero trabajo científico,¹¹⁶ algo más que el mero resumen o incluso la sistematización de las opiniones existentes, esto es, el desarrollo de nuevas ideas o, en todo caso, de nuevas formas de sistematización.¹¹⁷

¹¹⁴ También crítica, en este sentido, Hörnle (nota al pie n.º 6), p. 209 (“demasiado tiempo invertido en comentarios y manuales cortos”).

¹¹⁵ Thomas Weigend (Hoven/Kubicel [nota al pie n.º 55]) y mi colega de Göttingen Jörg-Martin Jehle (Dessecker/Harrendorf/Höffler [nota al pie n.º 68]) han demostrado recientemente que también es posible vivir sin un libro homenaje. Sobre el valor de los libros homenaje desde una perspectiva extranjera, véase la reciente y severa crítica del profesor de NYU Joseph Weiler, EJIL:Talk 6.8.2020: “*It is an institution that has lost any real meaning in more than one sense. When is the last time you actually picked up one of those expensive tomes to read through it? When you are approached by the well-meaning organizers and ‘editors’ [...] your heart sinks. Of course one cannot say No to an enterprise honouring a colleague whom you respect, oftentimes a friend. In a world where most of us are always behind with our writing commitments it is usually a considerable disruption. Not surprisingly, many Festschriften are replete with recycled writing, and understandably so. Are we expected to drop what we are doing and start some new research project and pen a new article because someone’s birthday is approaching? And then see it buried in a Festschrift, no matter how eminent the honoree? If most edited books are cemeteries, Festschriften are the Arlington National Cemetery of legal scholarship. Since there is a deadline connected to a birthday, it is hard to delay, and so the pieces become even more rushed and the editing even more lax. If there is any honour in these tomes it is not in the content but, it would seem, in the list of names (‘My festschrift is longer than yours...’). I have often wondered if the honoree himself or herself manages to wade through the whole thing beyond the Table of Contents. [...] outside the German-speaking world [...] citations to Festschriften are scarce. [...] Why does this plague still rain down on us?’*” (disponible en:

<https://www.ejiltalk.org/that-which-is-hateful-to-you-do-not-do-to-your-fellow-that-is-the-whole-torah-the-rest-is-interpretation-from-the-elder-hillel-in-babylonian-talmud-shabbat-31a/> [enlace verificado el 19 de agosto de 2022]). No hay que compartir necesariamente esta opinión de un eminente colega extranjero, pero sí hay que tomar nota de ella. Diferente, Schönemann (nota al pie n.º 110), p. V s. (por un lado, “moho de [...] algunos cientos de años”, “fuera de lugar”, bajo “umbral de atención”, por otro, “estilo científico libre”, pero también —como Weiler— una metáfora de cementerio: “cementerio de días dormidos, pasado silencioso”).

¹¹⁶ Sobre un concepto de ciencia que incluya la dogmática jurídica en este sentido (alimentar contenidos relevantes y nuevos como “producto de la reflexión metodológica”), Hörnle (nota al pie n.º 6), p. 186 ss. (189).

¹¹⁷ Convinciente, Hörnle (nota al pie n.º 6), p. 189 con nota al pie n.º 21.