

Volver a Radbruch

La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional.

Michael Bohlander

Durham University

Abstract*

La justicia penal internacional está en gran medida basada en la extrapolación de la investigación jurídico-penal relativa a los sistemas nacionales. La dificultad de llegar a un denominador común se ve exacerbada por la dicotomía sistemática de los llamados modelos del "common law" y del Derecho continental, que a su vez se ven ahora acompañados por un tercer aspirante: el Derecho internacional público. Cada uno de ellos tiene sus propios métodos para aproximarse a la tarea de resolver problemas jurídicos. Este trabajo pone en cuestión el diálogo entre modelos que ha tenido lugar hasta el momento y formula la interrogante de si es necesario llevar a cabo esta discusión en un plano mucho más básico del que parece haber existido hasta ahora. Ello se hace tomando como ejemplo la relación entre el Derecho alemán y el Derecho inglés y galés, pero los planteamientos y las conclusiones formulados merecen ser tenidos en cuenta para el debate entre los sistemas en su conjunto.

Die internationale Strafgerichtsbarkeit ist weitgehend auf Folgerungen aus der wissenschaftlichen Untersuchung der nationalen Systeme gegründet. Die Schwierigkeiten, denen zu begegnen ist, um einen gemeinsamen Nenner zu finden, werden durch die systematische Dichotomie der Modelle des sog. Common law und Kontinentalrechts verschärft, zu denen sich nun ein dritter Anwärter gesellt: das Völkerrecht. Alle diese Modelle haben ihre eigenen Methoden, um die Aufgabe der Lösung von rechtlichen Problemen anzugehen. Diese Arbeit untersucht den bislang stattgefundenen Dialog zwischen den verschiedenen Modellen und stellt die Frage, ob es nicht notwendig ist, diese Diskussion auf viel grundlegenderem Niveau als bis zum heutigen Zeitpunkt zu führen. Dies wird am Beispiel der Beziehungen zwischen dem deutschen Recht und demjenigen von England und Wales getan; Fragestellung und Schlussfolgerungen sollten aber in der Systemdebatte insgesamt Beachtung finden.

International criminal justice is based to a large extent on extrapolations from criminal-law research on domestic systems. The difficult exercise of arriving at a common denominator is exacerbated by the systemic dichotomy of the so-called common-law and civil-law models, which, in turn, have now been joined by a third contender: public international law. Each of these has its own methods of approaching the task of solving legal problems. This paper queries the inter-model conversation that is happening so far and asks the question as to whether it is necessary to hold this discussion at much more fundamental level than it would seem has been the case so far. It does so at the example of the relationship between German and English and Welsh law, but its concerns and conclusions merit consideration for the entire debate between the systems.

Titel: Zurück zu Radbruch: Die Notwendigkeit, den Dialog zwischen Common Law und Kontinentalrechtskreis auf grundlegendem Niveau wiederaufzunehmen, dargestellt am Beispiel der internationalen Strafrechtfspflege.
Title: Radbruch Redux: The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice.

Keywords: civil law; common law; international criminal justice; law and linguistics; Radbruch.

Palabras clave: Derecho continental; Derecho anglosajón-common law; justicia penal internacional; Derecho y lingüística; Radbruch.

Stichworte: Kontinentalrecht; common law, internationale Strafgerichtsbarkeit; Recht und Linguistik; Radbruch.

* Título inglés original: «Radbruch Redux: The Need for Revisiting the Conversation between Common and Civil Law at Root Level at the Example of International Criminal Justice», *Leiden Journal of International Law*, 24, (2), pp. 393 a 410. Copyright © Foundation of the Leiden Journal of International Law 2011, publicado por Cambridge University Press. Traducción, con permiso de la editorial, por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Algunos ejemplos**
- 3. ¿Lost in translation? El caso del Derecho alemán**
- 4. Radbruch resucitado**
- 5. Algunas ideas heréticas**
- 6. El problema adicional de las fuentes del Derecho internacional**
- 7. Conclusión: ¿queda algo aparte de lamentarse?**
- 8. Bibliografía**

[Los ingleses] aborrecen el pensamiento abstracto, no sienten ninguna necesidad de una filosofía o 'visión del mundo' sistemática. Esto no es debido a que sean 'prácticos', como les gusta tanto reivindicar. Sólo hay que observar sus técnicas urbanísticas y de suministro de agua potable, su obstinada adhesión a todo lo que esté obsoleto y sea una molestia, un sistema ortográfico inaccesible a todo análisis, y un sistema de pesos y medidas que sólo resulta comprensible para los editores de libros de aritmética, para ver lo poco que les importa la eficacia. Sin embargo, tienen cierta habilidad para actuar sin pensar.

George Orwell, *The Lion and the Unicorn* (1940)

Deutsch sein heißt, eine Sache um ihrer selbst willen zu tun.*

Richard Wagner

Mon expérience est que souvent le droit comparé est utilisé pour confirmer une solution que l'on avait déjà trouvée.**

Antonio Cassese, en Mireille Delmas-Marty/Antonio Cassese (ed.), *Crimes internationaux et jurisdictions internationales*, 2002, p. 140.

* "Ser alemán significa hacer una cosa por ella misma" [N. del T.]

** "Mi experiencia es que con frecuencia el Derecho comparado es utilizado para confirmar una solución que ya se había hallado" [N. del T.].

1. Introducción

En cuanto fenómeno jurídico, la justicia penal internacional es una adición¹ relativamente reciente a los mecanismos de reacción frente al delito - cosa que no puede decirse de los delitos de los que se ocupa. La idea de justicia en el contexto penal se ha desarrollado, a lo largo de prolongados períodos de tiempo, de modo diferente en diferentes culturas.

Lo que puede parecer una parte no negociable dentro de un sistema puede ser una cuestión inexistente en otro. El fomento de la comprensión entre las culturas es en primer lugar y antes de nada una cuestión de lenguaje en un sentido más profundo y rico. Mientras no se preste la necesaria atención a la influencia de lengua y cultura en el pensamiento y la *praxis* científicos en cuanto determinantes principales del diálogo científico o académico, seguirá habiendo un hiato entre las diferentes culturas jurídicas, por muy buenas que sean las intenciones de los intervinientes en cualquier diálogo de comparación. En ningún punto ese hiato de comprensión mutua es tan grande, y las divergencias tan notables, como entre los así llamados sistemas jurídicos anglosajón (*common law*) y continental (*civil law*). El autor de este trabajo es un juez alemán que ha pasado al ámbito académico y enseña Derecho penal inglés, comparado e internacional en una Universidad en el Reino Unido; este texto es un primer paso en una investigación y está basado en sus experiencias en el diálogo particular entre la versión inglesa del *common law* y el sistema alemán; como es natural, sin embargo, la materia deberá ser estudiada en un ámbito mucho más extenso, incluyendo otros ordenamientos fundamentales del *common law*, como el de los Estados Unidos, por ejemplo.

El Derecho alemán es uno de los ordenamientos continentales que resultan menos comprendidos por parte de los juristas ingleses, quienes en su mayoría miran hacia Francia cuando establecen una comparación con sistemas continentales. En la mayoría de las ocasiones, esta comparación se centra en cuestiones de procedimiento más que en los principios del Derecho sustantivo. Partiendo de la base de que el proceso de armonización jurídica dentro de la Unión Europea también se ha extendido al Derecho penal, y que la comprensión mutua deberá adquirir incluso mayor importancia si queremos avanzar en la vía del reconocimiento mutuo como nuevo principio rector de la cooperación después del Tratado de Lisboa, podría decirse que ya es hora de que la comunidad jurídica del *common law* disponga de instrumentos adecuados para poder comprender el Derecho penal continental más allá de las meras cuestiones de política y de las compilaciones generalistas, y, avanzando hacia lo importante, para poder conocer la epistemología que está en su base. Mirjan DAMASKA ha descrito el problema mediante la siguiente conocida argumentación:

"A los legos les desagrada quedar vinculados por criterios técnicos, no sólo porque no siempre los entienden, sino también porque tales criterios podrían imponer soluciones que entren en conflicto con sus ideas acerca de cuál es la solución adecuada al caso - ideas que probablemente hayan sido generadas por sentimientos relativos a la justicia material. En caso de que a pesar de ello haya presiones externas que impongan cierto grado de legalismo en las estructuras de coordinación, la proximidad de estas estructuras

¹ Cfr. sobre los problemas generales que ello significa para el funcionamiento de los tribunales desde el punto de vista del establecimiento de un procedimiento híbrido, recientemente, SKILBECK, «Frankenstein's Monster: Creating a New International Procedure», *JICJ*, (8), 2010, pp. 451 y ss.

con un legalismo pragmático será mucho mayor que con un legalismo lógico. Esto es así porque tanto el técnico que utiliza una persuasión pragmática como el lego vinculado a la justicia material demandan una atención cuidadosa a las cuestiones concretas. Para ambos, *le bon Dieu est dans le détail*. Por otra parte, el tipo de regulación que resulta convincente para un jurista lógico resulta ajeno a los legos.

Esta clase de regulación implica insensibilidad hacia la singularidad del drama humano, y su capacidad para asegurar una toma de decisiones con base en determinados principios no impresiona a los legos. Es probable que prefieran una cálida confusión a una fría consistencia.²

Así, por ejemplo, el Derecho procesal penal alemán aborda muchos de los problemas del Derecho procesal de una manera muy diferente a lo que se hace en la familia jurídica anglosajona en países como en el Reino Unido, los EE.UU., Canadá, Nueva Zelanda, Australia, etc. También difiere de modo notable de aquel sistema que suele usarse con mayor frecuencia en la bibliografía anglosajona como término de comparación de Derecho continental, esto es, el Derecho francés. El Derecho penal alemán constituye un modelo de procedimiento basado en un código y llamado "inquisitivo" (aunque mejor sería denominarlo "dirigido por el juez"). La influencia de las publicaciones académicas sobre su desarrollo ha sido muy superior que en el *common law*, como observó correctamente George FLETCHER al someter a análisis la tarea de construir una terminología en inglés (o en otras lenguas) que describa y represente adecuadamente el modelo alemán dominante, generalmente aceptado, de la estructura tripartita³ de las infracciones penales: "No ha sido fácil completar esta tarea en inglés, en gran medida, porque los académicos carecen de la clase de autoridad de la que disfrutan en muchas culturas de Europa occidental y del lejano Oriente."⁴

Si nos detenemos en este punto -la definición de delito, y el nivel de diferenciación conceptual implícito-, el concepto dualista inglés, por ejemplo, puede ser sintetizado en la conocida ecuación memorizada por todo estudiante de Derecho de primer curso: "Delito = (*actus reus* + *mens rea*) - defensas". Esto, naturalmente, implica la cuestión de dónde han de restarse las defensas y lo que ello significa para la responsabilidad del infractor, por ejemplo, en el contexto de una participación secundaria en la que uno de los sujetos puede tener una defensa de *mens rea*, pero no su cómplice, etc. ¿La enfermedad mental realmente es una cuestión de *mens rea*, o pertenece a una categoría diferente referida a un contexto personal, subjetivo, relacionado con el estado mental que merecería una clasificación separada? En los apartados que siguen, en primer lugar, se intentará poner en claro estas cuestiones sobre todo con base en el ejemplo de una de las principales jurisdicciones continentales, la alemana, para continuar con una consideración acerca de la creciente complejidad de la materia en el campo del Derecho penal internacional. Por la propia naturaleza de la cuestión, aquí sólo podrá ofrecerse una mera instantánea de la amplia panoplia de sistemas jurídicos en el continente europeo y en otros lugares, pero debería bastar para iluminar alguno de los elementos destacados en el debate sobre *common law* y Derecho continental que posiblemente hayan sido dejado fuera de consideración, especialmente, por los cultores de la justicia penal internacional durante demasiado tiempo, y que puede que precisen de ser abordados de raíz en futuras investigaciones.

² DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, 1986, p. 28.

³ Vid., BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, 2009, p. 16.

⁴ FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, 2007, p. 145.

Merece la pena mencionar como acotación al margen en este contexto, dirigido en primera línea al diálogo anglo-germano, que la atención tradicional sobre la dicotomía entre *common* y *civil law* ni siquiera se aproxima al nivel de diferencia sistémica que ambos sistemas presentan frente al pensamiento jurídico islámico. La Sharía islámica es una categoría diferente que no cuadra con facilidad en la división entre *common law* y Derecho continental. Se la deja de lado con frecuencia en la investigación de Derecho comparado, lo que resulta al menos cuestionable, ya que se la considera una fuente del Derecho divina o de inspiración divina, que demandaría obediencia en todas las esferas de la vida de más de mil quinientos millones de personas en este planeta. Ello, sin tener en cuenta el hecho de que la mayoría de los Estados islámicos no aplican una Sharía pura, sino cuentan con códigos que se apoyan en diferente grado en antiguos principios coloniales y en convicciones autóctonas, lo que podría ser un indicio de que, en realidad, no existe una práctica estatal en el sentido del artículo 38 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional (sobre esto volveremos más adelante). El modo de argumentación de la Sharía y las fuentes de razonamiento tal y como son aceptados por los estudiosos del Derecho y los juristas (cléricos) más influyentes, especialmente en Derecho penal, recuerdan en alguna medida las deducciones escolásticas, en combinación con la doctrina del precedente, pero careciendo de lo que Wael B. HALLAQ llama "una sola categoría-paraguas equivalente en alcance y diferenciaciones taxonómicas a la moderna noción de Derecho criminal o penal"⁵. La ausencia en la Sharía tradicional de cualquier Derecho penal escrito más allá de los pocos versos jurídicamente relevantes contenidos en el Corán y de las prácticas del Profeta la asemeja más bien a la tradición del *common law* de razonamiento inductivo. En tiempos más recientes⁶, muchos de los países islámicos en algún momento han estado bajo la influencia de poderes coloniales, y el Derecho moderno que emana del Estado⁷ con frecuencia proclama la Sharía como Derecho supremo del país, aunque no necesariamente en todo su alcance en el campo del Derecho penal⁸. En todo caso, la Sharía tradicional necesariamente habrá de tener cierta influencia en el modo en el que los gobiernos islámicos adapten sus sistemas de justicia penal, pues el Islam tradicional en realidad no permite a un gobierno descuidar los preceptos divinos en ningún área de la vida pública⁹.

2. Algunos ejemplos

Las diferencias en cultura jurídica e historia pueden ser drásticas. Cabe mencionar algunos ejemplos para clarificar este punto. El sistema alemán, por ejemplo, sufrió severos abusos en

⁵ HALLAQ, *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, 2009, p. 308. Por supuesto, hay ahora muchos intentos de modernizar la jurisprudencia islámica desde parámetros islámicos, en oposición a su secularización o incluso occidentalización; *ibidem*, pp. 500 y ss.

⁶ Sobre el desarrollo del ordenamiento jurídico en Oriente Medio, vid., MALLAT, *Introduction to Middle Eastern Law*, 2009.

⁷ Cfr. sobre este fenómeno VIKOR, *Between God and the Sultan*, 2005, pp. 254 y ss., quien denomina a los esfuerzos de codificación "Sharía mediante Siyasa", esto es, implementación de la Sharía mediante una codificación impulsada por el Estado. Sobre la situación en Paquistán, vid., WASTI, *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, 2009.

⁸ Vid., por ejemplo BELAL, *Principles of Egyptian Criminal Law: The General Part*, 2004/05.

⁹ Vid., sobre los problemas implícitos creados por esta situación BOHLANDER/HEDAYATI-KAKHKI, «Criminal Justice under Shar'i'ah in the 21st Century: An Inter-Cultural View», *Arab Law Quarterly*, (23), 2009, p. 417, que también se ocupa de la perspectiva chií y del que se ha extraído una parte de lo acabado de exponer.

materia de derechos humanos desde los tiempos de los juicios contra brujas hasta la época nazi y los juicios políticos durante el régimen de la RDA - una experiencia que ha dejado profundas cicatrices en la conciencia colectiva alemana y ha influido poderosamente en el modo en el que la mayoría de los juristas alemanes piensan acerca de las garantías procesales para los acusados y respecto de las libertades civiles en general¹⁰. El Reino Unido, por ejemplo, también ha tenido períodos oscuros, pero que ni siquiera se aproximan en gravedad a este respecto. ¿Esta diferencia ha tenido un impacto en cómo el inglés medio percibe el sistema de justicia de Inglaterra y Gales? ¿Se manifiesta en el modo en el que los ingleses, legos y profesionales, hablan sobre sus instituciones jurídicas? ¿Es el modo de hablar una expresión de una afinidad cultural más profunda respecto de determinados modelos de resolución de problemas en el ámbito de la justicia penal? Quizás la relativa tranquilidad con la que el Derecho del Reino Unido hace uso de una ubicua vigilancia por medio de circuitos cerrados de televisión, y de instrumentos jurídicos como la inversión de la carga de la prueba en detrimento del acusado, así como de las infracciones de responsabilidad objetiva (*strict liability*), por contraposición a la general condena, basada en principios, que cualquiera de estas aproximaciones recibiría en Alemania, esté relacionada con esa historia en materia de derechos humanos. En una primera consideración, esto puede parecer contraintuitivo, ya que, por ejemplo, Jeremy PAXMAN ha hecho uso del eslogan "conozco mis derechos" como una de las frases hechas que definen del modo más significativo la manera de ser inglés¹¹, si bien el énfasis referido a diferentes intereses puede no ser compartido en Europa: para un alemán es casi inconcebible cómo se puede consentir en que haya cámaras de video en prácticamente todos los espacios públicos¹², pero indignarse por la idea de tener que llevar un carnet de identidad - algo que los alemanes han hecho durante muchos años sin que se vislumbre la faz del Gran Hermano en el horizonte. Los alemanes han tenido tradicionalmente la reputación de ser un pueblo eficiente, aunque con mentalidad autoritaria, mecánico, metódico y servil, más interesados en un funcionamiento fluido y eficiente de las distintas pequeñas ruedas y dientes en la gran máquina que es el cuerpo político que en las ideas de justicia natural y derechos individuales. Que esta reputación choque con la impresionante historia de la filosofía moral y jurídica en Alemania, vinculada a nombres como HEGEL, KANT o FEUERBACH, y su influencia sobre sistemas jurídicos en el mundo entero, es cuestión distinta.

Un segundo ejemplo es que Alemania no ha hecho uso de jurados desde 1924. Hay jueces legos en algunos tribunales, pero no existen tribunales compuestos exclusivamente por legos como las *magistrates' courts* inglesas; sin embargo, dependiendo del caso y de los requisitos para alcanzar la mayoría, los jueces legos pueden generar una mayoría de votos frente a los jueces profesionales en cuestiones de hecho y de Derecho, a diferencia de lo que sucede en la *Crown Court* en apelación en Inglaterra¹³. El procedimiento no es impulsado por las partes, sino dirigido por el

¹⁰ Una actitud en la que en ocasiones son superados, incluso, por los españoles; cfr. BOHLANDER, «Case Comment on Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Judgements of 15 March 2005 (Case No. 336/2005) and 13 April 2005 (Case No. 463/2005)», *Journal of Criminal Law*, (70), 2006, p. 211.

¹¹ PAXMAN, *The English: A Portrait of a People*, 1999, p. 133.

¹² La réplica popular común frente a ello, en el sentido de que "no tengo nada que ocultar", es extremadamente ingenua, ya que siempre es otra persona quien decide qué es lo que dentro de la conducta de una persona merece ser ocultado por ella, y, en consecuencia, merece la pena ser descubierto por otros.

¹³ Vid., al respecto BOHLANDER, «'Take it from me': The Role of the Judge and Lay Assessors in Deciding Questions of Law in Appeals to the Crown Court», *Journal of Criminal Law*, (69), 2005, p. 442.

juez, lo que implica una diferencia drástica en los papeles de acusación, defensa y juez. La propia posición del acusado en sí misma es en la práctica fundamentalmente diferente, en cuanto a que no es prácticamente un elemento de prueba, sino una parte plenamente dotada de igualdad: puede dirigirse al tribunal, presentar propuestas e interrogar a los testigos directamente, aunque sea representado por el letrado; no genera prueba cuando declara, no tiene obligación de autoincriminarse de ningún modo, y, en consecuencia, no puede cometer falso testimonio (el llamado famoso [e infame] "derecho a mentir"). La acusación puede apelar directamente las absoluciones, al igual que las sentencias demasiado indulgentes y las sentencias demasiado severas. No existe una regla que excluya los testimonios de referencia, etcétera.

Los supuestos de error de hecho -por utilizar otro ejemplo más- se denominan (de modo controvertido) defensas de "falta de prueba" en Derecho inglés: la expresión se funda en la incapacidad de la acusación de probar un elemento esencial de un delito. Es evidente que ésta es una terminología orientada hacia el proceso que se refiere a la situación del juicio oral. La doctrina alemana también trata estos escenarios como ausencia de un elemento necesario de una infracción, pero los describe en términos materiales, sustantivos y dogmáticos: un error de tipo no es una defensa basada en la falta de prueba por parte de la acusación en el plenario; se trata tan sólo de la ausencia de un elemento esencial referido a la persona, y, más específicamente, al estado mental del infractor como tal. Personalmente, tuve una experiencia similar en un congreso internacional cuando estaba explicando una cuestión relacionada con la falta de un elemento del delito y un colega inglés dijo en la discusión que ésa sería una cuestión "acerca de la cual la acusación no tenía que presentar prueba alguna". La distinción conceptual entre un elemento de una infracción y una defensa fue aprehendida sintéticamente en el plano internacional en la sentencia de apelación de 2001 en el caso *Celebici*, cuando los jueces se manifestaron -empleando claramente una epistemología procesal propia del *common law*- en relación con la cuestión acerca de si existía una defensa de responsabilidad atenuada en el Derecho del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia:

"Como se ha afirmado antes, tanto Landzo como la Cámara de Juicio parecen haber asumido la existencia de tal defensa en Derecho internacional sobre la base de la Regla 67(A)(ii).969. Esta subregla reza del siguiente modo:

En el momento en el que sea razonablemente posible, y, en todo caso, antes del comienzo del juicio oral:
 [...] la defensa notificará al fiscal de su intención de presentar
 (a) la defensa de coartada; [...]
 (b) cualquier defensa especial, incluyendo la de atenuación o ausencia de responsabilidad mental; en tal caso, la notificación especificará los nombres y las direcciones de los testigos y cualquier otra prueba sobre la que el acusado pretenda apoyarse para establecer la defensa especial.

El tenor literal de la Regla no es afortunado.

Constituye un común abuso del término pretender describir una coartada como una "defensa". Si un acusado presenta una coartada, está meramente negando que estuviera en condiciones de cometer el delito del que se le acusa. Esto no es de ningún modo una *defensa* en su verdadero significado. Planteando esa cuestión, el acusado no hace otra cosa que requerir de la acusación que elimine la posibilidad razonable de que la coartada sea cierta.

Por otro lado, si el acusado plantea la cuestión de la *falta* de capacidad mental, está poniendo en cuestión la presunción de salud mental a través de una alegación de incapacidad mental. Esto es una defensa en sentido estricto, en la que el acusado tiene la carga de su establecimiento - esto es, que es más probable que no que en el momento de la comisión de la infracción sufría de tal defecto de la razón, derivado de una enfermedad de la mente, hasta el punto de desconocer la naturaleza y significado de su acto, o, si la conocía, que no sabía que aquello que hacía era injusto."¹⁴

Mientras que la conclusión alcanzada es sustancialmente¹⁵ la misma -esto es, la falta de *mens rea* u otro elemento del delito o concurrencia de una defensa-, el modo de describir el fenómeno es altamente significativo respecto de las diferentes aproximaciones, en el plano lingüístico y cultural, al pensamiento y a la práctica jurídica. George FLETCHER tiene razón cuando constata que

"El particular cariño de la cultura jurídica angloamericana al concepto de '*fairness*' deriva del énfasis puesto en el *common law* en las reglas procesales en cuanto valor en sí mismo, un valor que es merecedor de ser respetado más allá de la justicia del caso concreto. Nuestras nociiones de *fairness* y juego limpio se alimentan en gran medida de las analogías respecto de los deportes y juegos de competición, que impregnán la lengua inglesa... basarse en una ética deportiva para diseñar las características de los juicios en materia criminal parecería a los juristas de otras partes del mundo una distorsión de la justicia...¹⁶ Esta característica¹⁷ del pensamiento del *common law* deriva en parte del sistema de jurados. La regla básica que guía la competencia del jurado es que las personas legas deberían decidir aquellas cuestiones respecto de las cuales personas razonables pueden disentir. Si unos jurados razonables no disentirían¹⁸, el juez debería dirigir el veredicto. En consecuencia, la razonabilidad se convierte en el estándar para demarcar el terreno en el que el conocimiento experto y el poder público llegan a su límite"¹⁹.

Esta perspectiva basada en el proceso respecto del modelo de juez y jurado en la epistemología del discurso sobre la justicia penal, y quizás el Derecho en general, también halla su reflejo en la terminología de los tribunales ingleses de apelación cuando han de referirse a errores de Derecho por parte del juez encargado del juicio oral, si el juez actuó sin jurado o tomó una decisión en la que no participó el jurado. En estos casos, con frecuencia se dice que el juez "se ha instruido erróneamente (*misdirected*)", del mismo modo que se habría considerado que "instruyó erróneamente al jurado", por ejemplo, al formular el resumen del caso²⁰. Un modo de hablar similar, basado en el modelo de juez y jurado, aparece en el lenguaje de la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso *Jelisic* (vid. *infra*). Un tribunal de Derecho continental se limitaría a constatar que el tribunal inferior *aplicó erróneamente* o *erró* en relación con el Derecho.

¹⁴ *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Masic (aka 'Pavo'), Hazim Delic and Esad Landzo (aka 'Zenga')*, Appeals Chamber Judgement, Case No. IT-96-21-A, 20 de febrero de 2001, par. 580-582 (cursiva en el original).

¹⁵ Aunque no hasta alcanzar la carga de la prueba: el Derecho alemán, por ejemplo, no reconoce ninguna carga de la prueba invertida en perjuicio del acusado. Ello se consideraría una violación de la presunción de inocencia, infringiría la obligación del tribunal de averiguar la verdad conforme al § 244.2 del Código de procedimiento penal, y, en última instancia, sería estimado inconstitucional.

¹⁶ FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, 2007, p. 136.

¹⁷ Esto es, el énfasis en la razonabilidad en cuanto concepto-guía.

¹⁸ Ello, por supuesto, plantea la cuestión de quién decide lo que pensaría un miembro razonable del jurado. ¿Será el juez, por ejemplo, cuando toma la decisión de no plantear el caso, denominada 'moción de absolución' en el plano internacional?

¹⁹ FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, 2007, p. 141.

²⁰ Vid., recientemente *Attorney General's Reference (No 120 of 2009) & R. v. Wright* [2010] All ER (D) 93 (Mar); *R. v. Castillo* [2010] EWCA Crim. 658; *R. v. Thomas and others* [2010] EWCA Crim. 148, par. 50.

3. ¿Lost in translation? El caso del Derecho alemán

La situación es, sencillamente, que, por ejemplo, no hay en este momento disponible ni un solo trabajo sobre el proceso penal alemán en inglés, ni para el análisis material del Derecho, ni para el trasfondo lingüístico y metodológico.²¹ La obra estándar en este último campo fue y sigue siendo una breve monografía en lengua alemana del año 1947²², *Der Geist des englischen Rechts*. La bibliografía académica más reciente -y, por ello, actualizada- sobre el sistema procesal alemán disponible en inglés consiste en el momento actual en capítulos de libro que presentan una visión de conjunto, más o menos breves, en tres colecciones comparativas²³, y un análisis comparado de un caso²⁴. El Ministerio federal alemán de Justicia ha publicado la quinta edición (2009) de una sinopsis estadística, a cargo de Jörg-Martin Jehle, en su página web²⁵. La página web canadiense jurídica de Lareau²⁶ tiene *links* hacia trabajos jurídico-penales alemanes, y muestra también la naturaleza fragmentaria, y, con frecuencia, antigua de la bibliografía disponible en lenguas extranjeras sobre el sistema alemán. Hay un número limitado de artículos y ensayos en revistas del Reino Unido, de los EE.UU. y otras revistas internacionales que contienen aspectos comparados relacionados con el Derecho penal inglés; como cabe deducir fácilmente de su relativa escasez y del número de páginas y naturaleza de los trabajos antes mencionados, sigue siendo notoria la falta de una exposición en profundidad, analíticamente coherente y de un bloque del sistema alemán, tanto para la parte jurídica como para la lingüístico-cultural.

Lo que hace falta es una presentación analítica, coherente y sistemática de la metodología académica y las aproximaciones de política judicial y legislativa al proceso penal en la cultura jurídica alemana, al igual que de su influencia lingüística y cultural en el pensamiento académico y en la práctica, para familiarizar a los juristas del *common law* con la metodología académica y judicial y la política de conjunto del pensamiento jurídico alemán en el campo del Derecho procesal penal, así como con el énfasis cultural en los principios y garantías generales del procedimiento y su configuración, además de extraer patrones del discurso sobre el Derecho en cuanto fenómeno cultural²⁷. El Derecho penal alemán se ve fuertemente determinado por la doctrina, mucho más de lo que es el caso en la aproximación del Derecho penal inglés, o, en este punto, el Derecho penal de muchos sistemas de *common law*. Si bien es cierto que la creación parlamentaria del Derecho ha ganado mucho terreno, especialmente en las décadas más recientes, los sistemas de *common law* tradicionalmente han contado con un desarrollo basado en los jueces, en un proceso caso por caso. Debido a que el Derecho así producido debía ser

²¹ El autor se encuentra en el momento actual preparando una monografía sobre la materia para complementar su libro, publicado en 2009, sobre el Derecho material alemán [entre tanto, se ha publicado -en 2012- la obra anunciada, *Principles of German Criminal Procedure*; N. del T.].

²² RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 1947, reimpresso en SCHOLLER (ed.), *Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz*, 2006, p. 44.

²³ VOGLER/HUBER (ed.), *Criminal Procedure in Europe*, 2008, p. 269; BRADLEY, *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, 2006, p. 44; DELMAS-MARTY/SPENCER, *European Criminal Procedures*, 2006, p. 292.

²⁴ FLOYD/HERRMANN, *One Case, Two Systems: A Comparative View of American and German Criminal Justice Systems*, 2005.

²⁵ En: http://forum.bmj.de/files/-/960/Criminal%20Justice%20in%20Germany_Auflage%205_englisch.pdf

²⁶ En: www.lareau-law.ca/codification-Germany.html.

²⁷ Algunas partes del apartado que sigue se han extraído, modificándolas, de mi obra *General Principles of German Criminal Law*, 2009.

acomodado a su utilización por legos en cuanto sujetos que determinan los hechos en el proceso penal, sean jurados o jueces legos, se puso un especial acento en permanecer tan cerca como fuera posible de lo que los jueces gustan de llamar "sentido común", aproximando la perspectiva a aquella descrita por DAMASKA como aquella de un jurista pragmático o un lego.

La siguiente cita, extraída de un conocido caso inglés referido a los efectos de una intoxicación voluntaria sobre la *mens rea* del acusado en los llamados delitos de intención básica, *DPP v. Majewski*, es un buen ejemplo de esta actitud:

"Una serie de distinguidos autores académicos apoyan esta pretensión fundamentándola en la lógica. Tal y como lo entiendo, el argumento funciona del siguiente modo: la intención, sea especial o básica (o cualquier nombre imaginativo que se le quiera dar) sigue siendo intención. Si una intoxicación voluntaria por bebida o drogas puede -como es indubitablemente el caso- anular la intención especial o específica necesaria para cometer delitos como asesinato y hurto, ¿cómo puede justificarse, en estricta lógica, la opinión de que no puede anular una intención básica, como por ejemplo la intención de cometer delitos como agresión y lesión ilícita? *La respuesta está en que en estricta lógica, este punto de vista no puede ser justificado. Pero es el punto de vista que ha sido adoptado por el Derecho común de Inglaterra, que se funda más bien en el sentido común y la experiencia que en una lógica estricta.* No hay ningún caso en el siglo XIX, cuando los tribunales estaban relajando la dureza del Derecho en relación con los efectos de la embriaguez en la responsabilidad penal, en el que los tribunales hubieran ido tan lejos como para sugerir que la embriaguez que no llegue a producir locura pudiera exculpar a un hombre de una infracción que no sea una de aquellas que requirieran la prueba de alguna intención especial o específica."²⁸

Un argumento similar respecto de la importancia de las reglas procesales fue formulado en el plano internacional por el juez australiano David Hunt, quien antes fue juez superior (*chief judge*) en *common law* en la Corte Suprema de Nuevo Gales del Sur, en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso contra *Milan Milutinovic*²⁹ y otros, cuando manifestó, en relación con la posición de la acusación de que ya no tenía jurisdicción para decidir sobre la petición del acusado: "Las Reglas de Procedimiento y Prueba estaban pensadas para ser siervas, y no señoras de los procedimientos del Tribunal."³⁰

²⁸ *DPP v. Majewski*, (1977) AC 443, repetido en *R. v. Powell and another; R. v. English*, (1999) AC 1 (cursiva añadida).

²⁹ *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Decision on Application by Dragoljub Ojdanic for Disclosure of Ex Parte Submissions, Case No. II-99-37-I, 8 de noviembre de 2002, par. 14. Con anterioridad había hecho uso del mismo argumento en el caso *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, Decision Authorising Appellant's Briefs to Exceed the Limit Imposed by the Practice Direction on the Length of Briefs and Motions, Case No. IT-95-14/2, 8 de agosto de 2001, par. 6, y en *Prosecutor v. Zoran Kupreskic et al.*, Separate Opinion of Judge David Hunt on Appeal by Dragan Papic against Ruling to Proceed by Deposition, Case No. IT-95-16-A, 16 de julio de 1999, par. 18. Tenía razón en lo que se refiere a que las Reglas de Procedimiento y Prueba en el TPIY fueron elaborados en primer lugar por los jueces y eran inferiores en jerarquía normativa al Estatuto. Sin embargo, esta posición resulta cuestionable en los sistemas en los que las reglas no son establecidas por los jueces.

³⁰ Citando en las resoluciones antes mencionadas como autoridad sólo dos casos ingleses de Derecho civil de 1879 y 1907: *Kendall v. Hamilton*, (1879) 4 App. Cas. 504, pp. 525, 530-1; *In the Matter of an Arbitration between Coles and Ravenshear*, [1907] 1 KB 1. En este último caso, Sir Richard Henn Collins, *Master of the Rolls* [= "Señor de los Archivos", Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal de apelaciones, N. del T.] dijo en el Tribunal de Apelaciones (en p. 4): "Aunque estoy de acuerdo en que un tribunal no puede dirigir su actividad sin un código de procedimiento, pienso que la relación de las reglas de la práctica con la labor de la justicia está pensada para ser la de una criada, y no la de una señora, y el tribunal no debería estar tan atado e inmovilizado por reglas, que al final sólo pretenden ser reglas generales de procedimiento, como para verse obligado a hacer algo que causará una injusticia en el caso concreto." Que esto pueda traducirse en una afirmación tan general como parece que el juez Hunt la ha entendido está abierto a discusión.

Por el contrario, a pesar de que el Derecho alemán se ha inclinado ampliamente por el uso de la interpretación histórica y teleológica, lo que incluye la aplicación de argumentos de políticas públicas como el que fue utilizado por el tribunal en el caso *Majewski*, un rechazo tan abierto de la llamada de la lógica resultaría una idea ajena a cualquier juez alemán, y más aun para cualquier académico. A pesar del hecho de que también la evolución del Derecho penal alemán lo ha conducido a estar cada vez más bajo la influencia del razonamiento judicial acerca de principios jurídicos, sigue habiendo un perceptible impacto de las publicaciones académicas, y apoyo en ellas, sobre todo, con base en la incisiva cultura alemana del comentario a textos legales.

A lo largo de los siglos, los académicos y prácticos alemanes han producido extensos y complejos comentarios sobre las diferentes leyes codificadas y manuales de práctica y procedimiento. Sólo estos últimos pueden ser paragonados con publicaciones del *common law* como los *Justice Manuals* de ARCHBOLD o STONE en Inglaterra. Los comentarios, algunos de ellos en varios volúmenes, referidos a códigos específicos y escritos por respetados académicos, jueces y prácticos experimentados a lo largo de muchas ediciones, no sólo digieren la evolución de bibliografía y jurisprudencia, sino que también las someten a análisis y critican los argumentos utilizados por los autores y jueces, y si llegan a estar en desacuerdo con ellos, exponen su propia visión acerca de cómo habría que hacer las cosas - algo que difícilmente se encontrará, por ejemplo, en el manual inglés más importante sobre proceso penal, ARCHBOLD. Tampoco es extraño encontrarse con que un tribunal cambia una antigua línea jurisprudencial respecto de una determinada cuestión porque la lógica que está detrás de la argumentación de autores académicos renombrados, expuesta en esos comentarios o en artículos de revista, convence a los jueces de que su perspectiva previa era errónea.

El hecho de que el Derecho alemán esté fundado en gran medida en la aplicación más o menos estricta de la lógica y de métodos de interpretación altamente desarrollados también deriva de la actitud de los académicos alemanes (y, de hecho, también de los jueces) respecto del proceso judicial: no ven a la academia como la mera criada de los jueces, sino como su luz de guía. Para su mentalidad, la práctica judicial debería, en principio, seguir un razonamiento abstracto en lugar de asumir una aproximación casuística que prima la justicia en el caso concreto por encima de la coherencia sistemática respecto de los principios más importantes y de alcance global³¹. La aproximación alemana, por usar una descripción simplista, es, en consecuencia, de naturaleza deductiva, por oposición al carácter más inductivo de la del *common law*³², y va a contrapelo de las inclinaciones de los legos, que probablemente prefieran "una cálida confusión a una fría consistencia"³³. La función del juicio oral, y su valoración, así como su efecto sobre el

³¹ Es éste otro campo típico de divergencia entre los sistemas de *common law* y los de Derecho continental, como ha mostrado Mirjan DAMASKA en su segundo trabajo, DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986.

³² Cfr., también RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006.

³³ Por supuesto que en algunas áreas del Derecho alemán, en particular el Derecho del trabajo, amplios sectores son casi por completo de elaboración judicial, ya que el Gobierno por alguna razón no ha asumido la carga de ocuparse de una codificación como es debido. Con mucha frecuencia, el Parlamento codifica en sus leyes tradiciones judiciales consolidadas y probadas, y, en esa medida, como es natural, existe influencia judicial en la legislación codificada.

razonamiento jurídico en la esfera del Derecho material son marcadamente distintos. Ello comienza con la naturaleza y la estructura del proceso penal alemán. Por su naturaleza, los procesos penales alemanes no son una competición entre partes, sino una investigación objetiva, dirigida por el juez, respecto de la verdad material de los hechos que están en la base de una acusación penal. La igualdad de armas no es un principio que sea de aplicación con un alcance similar y de la misma naturaleza a la que existe en los sistemas adversariales. Desde el punto de vista alemán, a la acusación no le corresponde una serie de derechos subjetivos a un juicio justo; tiene facultades y deberes, con la consecuencia de que la acusación no puede alegar una violación del derecho a la igualdad de armas, ya que el sistema no es adversarial, sino que *el propio tribunal* tiene el deber de hallar la verdad³⁴. Por otro lado, la defensa no tiene deberes, sólo derechos, aunque puede generar desventajas si no los ejerce adecuadamente, como es el caso bajo la aplicación del conocido principio del *common law* "save-it-or-waive-it"³⁵ respecto de los motivos de apelación, que cada vez encuentra más aceptación -en un muy interesante desarrollo invertido de trasplante de determinados aspectos jurídico-culturales- entre los tribunales alemanes, especialmente, en conexión con el parágrafo 238 II StPO³⁶. Se considera que la defensa es por definición inferior en poderes y recursos a la acusación, de modo que desde el punto de vista alemán, la igualdad de armas es un principio que protege a la defensa, pero no a la acusación. Cualquier propuesta de cambiar la regulación, por ejemplo, introduciendo cargas de la prueba para la defensa, o reducir los requisitos de lo que ha de probar la acusación (véase, por ejemplo, la reciente *Sexual Offences Act* [Ley de Delitos Sexuales] de 2003, en relación al requerimiento de una prueba de que faltaba una creencia *razonable* de que hubiera consentimiento, por oposición al estándar de la creencia *honesta* que [probablemente] sigue siendo de aplicación a todas las demás infracciones bajo *DPP v. Morgan*³⁷), con el fin de que sea más fácil para la acusación formular sus pretensiones, no tendría equivalente en la doctrina alemana, y, de hecho, sería considerado constitucionalmente cuestionable. Las dificultades de la acusación para proveer la prueba para su pretensión no pueden conducir a recortar la posición de la defensa, reduciendo mediante interpretación el umbral de los requisitos del delito establecidos, como sí sucede en Inglaterra.

Estos ejemplos muestran que algunos de los parámetros culturales que definen el proceso penal en su conjunto difieren drásticamente entre el sistema alemán y el inglés, siendo éste último, a fin de cuentas, el sistema madre de todos los países del *common law*. Como ya se ha mencionado antes, estas diferencias culturales se expresan en el modo en el que los legos y los profesionales hablan del Derecho, y, a su vez, el idioma tiene influencia en las aproximaciones teóricas al pensamiento académico sobre el Derecho y su práctica - algo que fue percibido a mediados del S. XX por Gustav RADBRUCH.

³⁴ StPO = *Strafprozessordnung* = Código de procedimiento penal, § 244.2 StPO.

* Que se refiere (la traducción literal podría ser "haz reserva o allánate") a que es necesario poner de manifiesto - como lo es en Derecho español- en el momento procesal oportuno un motivo de recurso para después poder alegarlo [N. del T.]

³⁵ Vid., MEYER-GROßNER, «§ 238» en MEYER-GROßNER/CIERNIAK (eds.), *Strafprozessordnung*, 53^a ed., 2010, Nm. 22, con referencias a la jurisprudencia.

³⁶ [1976] AC 182.

4. Radbruch resucitado

Gustav RADBRUCH (1878-1949)³⁷, eminent jurista y filósofo del Derecho alemán, tenía que decir lo siguiente, en 1947, sobre la aproximación inglesa al Derecho y su metodología subyacente, en *Der Geist des englischen Rechts*³⁸:

"Al pensamiento inglés le es ajena la idea de violentar los hechos a través de la razón, busca la razón en las cosas, la razón es para él la naturaleza de las cosas. Este sentido inglés de las cosas tampoco gusta de la fundar decisiones en la expectativa de hechos futuros, deja que los hechos se le aproximen para tomar una decisión sólo cuando han llegado. No confía ni en la fantasía ni en el cálculo de situaciones futuras, pues la verdadera situación siempre acaba siendo completamente distinta; por el contrario, espera a que la situación misma traiga la decisión, que obligue a tomarla.

No se siente obligado a la elegancia de una línea clara, a evitar una derrota, poco estética, en zig-zag... su fortaleza está en poder corregirse con base en la nueva situación, disponiendo de otro modo."³⁹

"Maitland, el gran historiador inglés, habla en el mismo sentido de 'avanzar a trompicones a nuestro modo empírico, tropezando con el conocimiento'"⁴⁰

"Del mismo modo, Macaulay dice respecto del modo inglés de legislar 'dejar de lado un orden simétrico y hábil; nunca eliminar una anomalía sólo porque es una anomalía; ningún cambio si no se siente directamente un gravamen, y, entonces, un cambio sólo en la medida en que era necesario para eliminar precisamente ese gravamen'."⁴¹

"Esta es la razón por la que la mayoría de los juristas ingleses están en contra de las codificaciones, contra la síntesis de áreas enteras del Derecho en amplios códigos, y a favor de una creación del Derecho que cree Derecho con motivo de un caso concreto y sólo para casos similares."⁴²

RADBRUCH también destaca que incluso cuando llegan a producirse esas codificaciones, se les superpone rápidamente una capa de *case law* como "el musgo a un techo de paja" que pronto desplaza la aplicabilidad del tenor literal de la ley⁴³. En lo que se refiere a la aproximación lingüística del Derecho inglés, RADBRUCH observó que:

"Ya la terminología inglesa para el Derecho es original e insular. Mientras que en las principales lenguas continentales la palabra para 'el Derecho' se ha tomado de lo recto y diestro, de lo correcto y justo (*Recht, droit, diritto*), en inglés se deduce de 'la Ley': 'the law'."⁴⁴

³⁷ Vid., su semblanza en la edición *on line* del periódico alemán *Die Zeit* de 10 de diciembre de 2009, en www.zeit.de/2009/46/A-Radbruch.

³⁸ "El espíritu del Derecho inglés".

³⁹ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, pp. 47 y s.

⁴⁰ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 48.

⁴¹ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 48.

⁴² RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 49.

⁴³ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 49.

⁴⁴ RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz: Aufsätze herausgegeben und eingeführt von Heinrich Scholler*, 2006, p. 59.

El texto de RADBRUCH sobre el espíritu del Derecho inglés proporciona un punto de arranque, pero, por supuesto, es obsoleto en algunos de los detalles de la observación, ya que algunos de los campos a los que hace referencia han sufrido reformas desde 1947. En todo caso, su tesis principal no parece haber perdido nada de su potencia. André KLIP opina que:

"Es palmario que la elección de un idioma jurídico común será el inglés. Por un lado, esto resulta problemático, ya que el Derecho penal continental (es decir, no inglés) está más extendido en Europa en su conjunto y tiene más elementos en común que los ordenamientos penales de habla inglesa... pero las experiencias con el lenguaje jurídico inglés en los tribunales penales internacionales muestran que, tratándose de reglas materiales ponderadas, será perfectamente posible que surja un sistema nuevo y autónomo, y encontrará su equilibrio. Por ello, debería ser posible que el inglés, en cuanto lengua jurídica común europea, se desligue de su contexto nacional."⁴⁵

La condición previa de que existan "reglas materiales ponderadas" es el verdadero punto de conflicto, puesto que aquello que se pondera con frecuencia no sólo depende de la letra de la Ley, sino queda determinado por su interpretación, y, en consecuencia, por la metodología aplicada por los estudiosos del Derecho, que, a su vez, hace uso de herramientas lingüísticas y epistemológicas. Lo que RADBRUCH dijo hace tantos años, por lo tanto, probablemente siga siendo un comentario pertinente.

5. Algunas ideas heréticas

Como antes se ha indicado, esta contribución es una mera introducción a la investigación que probablemente sea necesario emprender para llegar a la raíz de los malos entendidos que con frecuencia aquejan a la práctica conjunta de juristas del *common law* y del mundo continental. Las conocidas dicotomías "adversarial-inquisitivo/dirigido por el juez", "inductivo-deductivo", en consecuencia, posiblemente estén necesitadas de una ulterior deconstrucción. Las siguientes hipótesis, quizás provocativas, relacionadas específicamente con la aproximación alemana/inglesa en el contexto jurídico-penal, pero que en diferente medida son susceptibles de aplicación a muchas jurisdicciones continentales y de *common law*, quedan a la espera de su verificación o falsación:

- La presentación sistemática de un sistema jurídico extranjero en la terminología técnica de la lengua de destino de otro país siempre implica un desafío lingüístico y cultural-comparativo.
- Desde un punto de vista alemán, la cultura jurídica inglesa tiene aún un largo trecho por recorrer antes de alcanzar un verdadero nivel de codificación general y coherente, si es que éste siquiera es un objetivo⁴⁶, a pesar de los esfuerzos de los últimos veinte o treinta años dirigidos a incrementar la densidad de la legislación en muchas áreas. Un intento emprendido en los años ochenta de codificar el Derecho penal en su conjunto fracasó debido a la actitud tradicional prevalente en muchos de los más influyentes juristas y responsables gubernamentales en Inglaterra. La *Law Commission* recientemente ha estado reviviendo el intento de llegar a la

⁴⁵ KLIP, «Strafrecht in der Europäischen Union», *ZStW*, (117), 2005, pp. 889 y ss., 908.

⁴⁶ Vid., acerca de los esfuerzos de codificación y la reacción reticente frente a ello LAVERY, «Codification of the Criminal Law: An Attainable Ideal?», *Journal of Criminal Law*, (74), 2010, p. 557.

codificación, pero tan sólo en leyes concretas, y no como un código general. Lo mismo puede decirse respecto del Derecho procesal.

- La metodología jurídica, tal y como se concibe en Alemania, es idéntica en el trabajo de jueces y académicos, puesto que los jueces tienen una formación académica más completa en cuanto a la ciencia del Derecho que la mayoría de sus colegas ingleses. En consecuencia, no hay dicotomía entre ambos en Alemania, y la extensión y profundidad del tratamiento académico de un caso por los tribunales, especialmente los tribunales superiores, no es sustancialmente diferente del llevado a cabo por los académicos.

- En consecuencia, los métodos académico y judicial en Alemania no difieren en ningún punto relevante; no hay fricción en la comunicación entre Academia y práctica. A la inversa, la *legal science*, la ciencia del Derecho - una torpe traducción de *Rechtswissenschaft* - es objeto de desaprobación y resulta empequeñecida como mecánica y orientada a la práctica, como una variante de investigación aplicada del discurso jurídico, en conflicto hoy con la perspectiva de investigación socio-jurídica y orientada con base en las políticas que es mayoritaria en la Academia jurídica inglesa, y también contraria a la aproximación asistemática que prefiere el mundo judicial.

- Puede que sea necesario un cambio de actitud en Inglaterra en cuanto uno de los modelos en el mundo del *common law*; este cambio de actitud sólo podrá llegar a través de una nueva evaluación del valor de la metodología académica y su deseable influencia en una legislación proactiva en vez de reactiva. La investigación comparada en el contexto de la justicia internacional tiene como presupuesto el conocimiento y la comprensión del Derecho tal y como es aplicado por los prácticos, y sólo en un segundo plano, de las políticas y del contexto socio-jurídico que está detrás. En el diálogo anglo-germano, por ejemplo, esto se traduciría en una dedicación incrementada de recursos para comprender el sistema alemán por parte de los académicos y juristas ingleses, y no a la inversa, ya que esa dirección en la ruta de la comprensión mutua ha sido transitada ya por muchos académicos alemanes durante muchos años, como se ejemplifica en instituciones como el Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Freiburg - que no tiene equivalente en Inglaterra. Hay voces en Inglaterra que demandan una aproximación más coordinada, y el modelo alemán puede llegar a ser un catalizador útil para este proceso.

6. El problema adicional de las fuentes del Derecho internacional

Hasta el momento, nos hemos estado moviendo sobre todo en el campo de la investigación comparada bilateral. El problema de las meras diferencias comparadas adquiere mayor complejidad en el campo de comparación multilateral que subyace a la justicia penal internacional. Esto guarda una estrecha relación con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se refiere a cuáles son las fuentes del Derecho internacional relevante para este tribunal. Este artículo tiene en sus pasajes que hacen al caso el siguiente tenor literal:

- "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59."

Se entiende que estos principios son de aplicación también a los diversos tribunales *ad hoc*, y de modo restringido también a la CPI, en particular, si una materia no está regulada por el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba o reglamentos. Y, del mismo modo que sucede con los tribunales *ad hoc*, las lagunas existen en áreas vitales de los principios generales de Derecho material y del proceso. Como he intentado mostrar en una investigación anterior⁴⁷, al debate cultural, lingüístico y epistemológico, entre *common law* y Derecho continental se ha sumado ahora un tercer contendiente - uno que forma, en alguna medida, parte de su prole en el sentido del art. 38.1.c), pero que ahora se ha convertido en un hijo adulto: el Derecho internacional público. El Derecho internacional público, que se apoya en gran medida, en el ámbito del Derecho penal, en la costumbre como resultado de la práctica estatal acompañada por la *opinio iuris*, toma en consideración una pléyade de factores adicionales que tienden a chocar con las aproximaciones de ambos sistemas domésticos, basadas en el juicio justo y en la criminalización mínima: la práctica de los Estados y la cortesía internacional. Ambos factores están en una innata tensión con los criterios antes mencionados, sobre todo, porque la influencia de la política en su creación es generalmente mucho más directo que en el conflicto, mucho más técnico-jurídico, entre el *common law* y el Derecho continental.

Estrechamente vinculado a este campo se encuentra la cuestión del personal encargado de aplicar el Derecho: los jueces. Es generalmente conocido que sigue habiendo bolsas de errores de traducción graves en el diálogo entre los sistemas dentro de los tribunales y cortes, lo que lleva a Rupert SKILBECK a acotar que "Juristas y jueces pueden aprender mucho de los respectivos sistemas si parten de que puede llevarles más de un momento comprender plenamente los detalles que los hacen funcionar."⁴⁸

⁴⁷ Cfr., BOHLANDER/FINDLAY, «The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles», en CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence* 2002, v. I, 2003, p. 3 (trabajo del que se ha extraído, modificándola, parte de este apartado); BOHLANDER, «The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A First Overview», en CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence* 2003, 2004, p. 195; M. BOHLANDER, «The General Part: Judicial Developments» en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, III, 2008, p. 517.

⁴⁸ SKILBECK, «Frankenstein's Monster: Creating a New International Procedure», *Journal of International Criminal Justice*, (8), 2010, p. 462.

La investigación⁴⁹ ha mostrado también que parece que no todos los que llegan al tribunal están realmente cualificados para asumir el empeño interpretativo de lograr un maridaje de las distintas aproximaciones en un todo coherente⁵⁰. Ello está principalmente en relación con sus actividades profesionales previas, que no siempre implican un conocimiento en profundidad de los juicios penales, sino también con otras cuestiones, como puede ser su dominio de idiomas. A estos problemas sistémicos se suma una serie de influencias prácticas y pragmáticas, como puede ser el uso, metodológicamente problemático, del análisis comparado para obtener una determinada conclusión, al que se refiere Antonio CASSESE en la cita reproducida al principio del texto, o los obstáculos de género más logístico que mencionó el antiguo juez alemán del TPIY, Wolfgang Schomburg:

"Antes de continuar quisiera disculparme por restringir mis comentarios a continuación al Derecho y la jurisprudencia alemanas. *Desgraciadamente, la carga de trabajo no permite una investigación comparada en profundidad.* En todo caso, las reglas y los precedentes citados pueden servir de ejemplo representativo de muchos sistemas similares. Más allá de esto, hasta ahora, nadie ha logrado que se reconozca que esta aproximación viola el derecho fundamental a ser informado y a ser oído."⁵¹

Como he intentado explicar en otro lugar en relación con la cándida admisión del juez Schomburg,

"La investigación respecto del TPIY y un ulterior estudio para el Tribunal Especial de Sierra Leona tienden a mostrar que existen serios problemas respecto de los fundamentos de principios internacionales de Derecho penal. Los tribunales parecen tener una aproximación más bien despreocupada a la construcción de una Parte General del Derecho penal internacional. Con frecuencia, la metodología judicial no resiste un examen detallado, y cabe preguntarse si a veces los jueces no operan en el conocimiento de que al final, es Derecho lo que ellos digan que lo es. Esta aproximación no siempre satisface los principios que han sido desarrollados desde el caso *Lotus*. Puede infringir el principio de legalidad, incluso con el significado más bien difuso que este principio ha encontrado en el nivel internacional tradicionalmente. Otra fuente de preocupación es que rara vez los sistemas jurídicos en el mundo islámico o en Asia forman parte de la investigación de los tribunales. Si se toma en serio el hecho de que el Derecho consuetudinario es el producto de la práctica de los Estados o de principios generales del Derecho, entonces no se puede confiar sólo en las fuentes fácilmente accesibles desde el punto de vista idiomático.

⁴⁹ Vid., la nota que precede y BOHLANDER, «No Country for Old Men? Age Limits for Judges at International Criminal Tribunals», *Indian Yearbook of International Law and Policy*, (1), 2010, p. 327; EL MISMO, «Pride and Prejudice or Sense and Sensibility? A Pragmatic Proposal for the Recruitment of Judges at the ICC and Other International Criminal Courts», *New Criminal Law Review*, 2009, p. 529; EL MISMO, «The International Criminal Judiciary: Problems of Judicial Selection, Independence and Ethics» en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, 2007, p. 325.

⁵⁰ Quizás se admite prueba anecdótica y anónima acerca del encuentro del autor de este texto con diferentes jueces internacionales en un contexto distendido; uno de ellos aparentemente pensaba que en los sistemas de Derecho continental, el acusado ha de probar su inocencia, y otro constató en un congreso, sorprendido y sin ocultarlo, en el curso de un debate sobre los principios adversariales y los inquisitoriales, que éste había supuesto una revelación para él, ya que hasta ese momento, pensaba que "adversarial" significaba sencillamente que la acusación era el adversario de la defensa. Otro joven jurista, muy brillante en otros aspectos, y que ahora es profesor en una renombrada Escuela de Derecho, preguntó de hecho, completamente en serio, si en los sistemas de Derecho continental se conoce algo así como la Quinta Enmienda [a la Constitución de los EE.UU., que contiene derechos básicos en el proceso penal, N. del T.].

⁵¹ *Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor*, Appeals Chamber Judgement, Case No. ICTR-95-1B-A, 21 de mayo de 2007, par. 9 del voto particular (sin cursiva en el original).

Si, además, la urgencia derivada de la estrategia de concluir procesos y de las reducciones de personal pasa a ser otro inhibidor exacerbado para que los jueces hagan un buen trabajo, ello debe ser deplorado, incluso teniendo en cuenta que ambos tribunales consumen alrededor del 15% del presupuesto correspondiente de la ONU.⁵²

Un buen ejemplo de lo que una investigación comparada apresurada puede generar lo suministra el *caso Jelisic*. Jelisic se había declarado culpable de una serie de acusaciones de crímenes contra la Humanidad, pero no de genocidio. La Cámara de Juicio le declaró no culpable de genocidio sobre la base de su moción de absolución al amparo de la Regla 98 bis, y decidió la cuestión sobre la base del estándar pleno de prueba más allá de una duda razonable. Con base en la apelación de la acusación, la Cámara de Apelaciones revisó esta decisión. La actitud propia del *common law* respecto de la Regla 98 bis tuvo su relevancia -a pesar de las afirmaciones en sentido contrario en la sentencia- en la valoración por parte de la mayoría acerca de la cuestión de si un tribunal que cuenta con jueces como los únicos que determinan los hechos probados debería aplicar un test de jurado razonable. El punto de vista de la mayoría muestra la marca del modelo, propio del *common law*, de juez y jurado, en el que no es la convicción del juez lo que cuenta, sino la de los jurados, con la consecuencia de que un juez sólo puede retirar un caso del jurado si ningún jurado razonable podría condenar sobre la base de la prueba existente. Esta posición no resulta aplicable en un escenario en el que sólo hay jueces⁵³, y el acusado tiene derecho a ser absuelto y puesto en libertad inmediatamente una vez que los jueces han llegado a la conclusión de que la prueba de la acusación, después de oír todo lo que la ésta puede ofrecer, resulta insuficiente para convencerles de su culpabilidad. Cabe formular legítimamente la cuestión de si la mayoría habría aplicado el mismo razonamiento si, no habiendo una declaración parcial de culpabilidad como la presentada por Jelisic, se hubiera tratado de una cuestión de prueba, como la de si estuvo siquiera presente en el lugar de comisión de los delitos. El argumento sostenido en el voto particular parcial del juez Shahabuddeen⁵⁴ -en el sentido de que la aplicación del estándar pleno de prueba (más allá de toda duda razonable) en el marco de la Regla 98 bis significaría que una Cámara podría parecer presentar ya un sesgo determinado si decidiera que la posición de la acusación es suficiente-, no llega a comprender la diferencia entre ambos escenarios. Especialmente en un contexto adversarial como el que es de aplicación en el TPIY, el tribunal normalmente sólo habrá oído o visto la prueba de la acusación, puesto que la defensa, aparte de lo dispuesto por las normas de manifestación obligatoria de datos (*discovery provisions*), no tiene una obligación general de mostrar sus cartas antes de que la acusación haya concluido la presentación de su caso. Por lo tanto, la decisión de rechazar una moción y de continuar el juicio

⁵² BOHLANDER, «Comment on ICTR, Judgement and Sentence, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, of 28 April 2005» en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, v. XII, 2009, pp. 516, 519 (sin notas).

⁵³ Vid., recientemente en una línea similar CAYLEY/ORENSTEIN, «Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals: What Purpose If Any Does It Serve?», *JICJ*, 2010, p. 575.

⁵⁴ Cfr. el voto particular en: www.icty.org/x/cases/jelisic/acjug/en/jel-aj010705.pdf, p. 49, donde dijo en par. 14 que "En particular, me parece que (con la excepción de casos claros de falta de prueba suficiente, en los que la decisión se inclina a favor de la defensa) el riesgo de decidir un asunto de falta de caso intentando hacer una valoración de la culpabilidad en la fase intermedia del juicio está en que, si la decisión de falta de caso fuera en contra del acusado, éste pensaría, de modo comprensible, que la Cámara de Juicio habría tomado una decisión definitiva sobre la culpabilidad, de modo que desde su perspectiva, las ulteriores pruebas de la defensa, así como otras alegaciones, se dirigirían a un tribunal que ya habría llegado a una conclusión en cuanto al resultado del caso. No podría ser correcto generar tal falta de confianza en el proceso judicial."

no está fundada en una evaluación contradictoria de toda la prueba, sino que se produce exclusivamente sobre la base de la presentación unilateral hecha por parte de la acusación, teniendo plenamente en cuenta que el tribunal, por supuesto, podrá cambiar de opinión después de considerar la prueba de la defensa. En todo caso, sencillamente no procede la deducción inversa. El único juez que entendió esto fue el juez Pocar en su voto particular, que merece una reproducción literal:

"Debe subrayarse que la conclusión alcanzada por la mayoría de la Cámara de Apelaciones se acomoda, ciertamente, a un sistema en el que los casos son enviados a un jurado o a un responsable de establecer los hechos (*trier of fact*) distinto del juez que evalúa la prueba en ese momento del procedimiento. En un sistema de estas características, si un juez piensa que aunque él mismo no puede quedar convencido de la culpabilidad del acusado, el otro sujeto encargado de hallar los hechos podría llegar a la conclusión de que sí hay culpabilidad, no puede detener el proceso. Si aplicara un estándar más elevado de valoración de la prueba, sería él mismo quien estaría estableciendo los hechos probados, en lugar de dejar esa tarea al jurado.

En todo caso, en este tribunal internacional no hay jurado; los jueces son los árbitros últimos de la prueba. No tiene sentido dejar abierta la posibilidad de que otro sujeto, a la hora de establecer los hechos probados, llegaría a otra conclusión, con tal de la Cámara de Juicio ella misma esté convencida de su propio enjuiciamiento del caso. En consecuencia, si al terminar la acusación la presentación de su caso los propios jueces están convencidos de que la prueba es insuficiente, la Cámara debe absolver. Esta aproximación no sólo se compadece con el texto de la Regla 98 bis (B), que obliga a la Cámara a absolver si considera que la prueba es insuficiente para sostener una condena. También preserva los derechos fundamentales del acusado, que tiene derecho no sólo a que se presuma su inocencia durante el juicio, sino a no ser sometido a juicio si su inocencia ya se ha establecido. Más allá de esto, también se preserva el principio de economía procesal, al no prolongarse innecesariamente el proceso: ¿Qué sentido tiene continuar el proceso si los mismos jueces ya han llegado a la conclusión que adoptarán en última instancia en una fase posterior?"⁵⁵

El juez Pocar fue capaz de ver más allá de la tentadoramente sencilla solución que se ofrecía sobre la base del fenotipo, claramente basado en el *common law*, de la moción de absolución, y en vez de ello, pasó a comparar los genotipos de la comprensión, en *common law* y en Derecho continental, del papel del sujeto al que incumbe establecer los hechos probados y sus repercusiones sobre la posición del acusado. La mayoría de la Cámara de Apelaciones o no supo o no quiso hacerlo, a pesar de afirmar lo contrario, y a pesar del intento del juez Shahbuddeen de hacer uso de la jurisprudencia inglesa respecto del "sujeto razonable que determina los hechos (*reasonable trier of fact*)" -una terminología usada por tribunales de apelación frente a jueces que juzgan sin jurado⁵⁶- para justificar la perspectiva de la mayoría; es necesario subrayar que no usó ni una sola referencia a fuentes de Derecho continental, sino exclusivamente referencias provenientes del *common law*, y de un número muy limitado de jurisdicciones. Conviene comparar esto con el ejercicio de investigación, muy superior, hecho por la Cámara de Juicio en el caso *Kunarac* en relación con la definición de la violación⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. su voto particular en: www.icty.org/x/cases/jelisic/acjug/en/jel-aj010705.pdf, p. 71, par. 5-6.

⁵⁶ Cfr. su voto particular en: www.icty.org/x/cases/jelisic/acjug/en/jel-aj010705.pdf, p. 49, par. 2-14.

⁵⁷ Prosecutor v. Kunarac et al., Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, resolución de 22 de febrero de 2001, par. 437 y ss., en: www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf y BOHLANDER, «Mistaken Consent to Sex,

7. Conclusión: ¿queda algo aparte de lamentarse?

"First things first, but not necessarily in that order"^{*}

Dr. Who

Derecho internacional público- ensayarán una falsa y condescendiente sonrisa, en el mejor de los casos, de conmiseración, ante lo que quizás consideren lamentos y quejas hechos en el texto que precede; algunos quizás piensen que hay algo más que el lamentable intento de un jurista continental de alcanzar una auto-catarsis mediante una publicación y se sientan ofendidos, profesional o personalmente. Sea como fuere, como lo formuló concisamente mi antiguo colega en Durham Paul WRAGG, "no se valora la libertad de expresión si sólo la expresión valorada es libre"⁵⁸. Lo que debe evitarse en el plano internacional es la impresión de que *ya* existe un diálogo de todos con todos, en un discurso comparativo plenamente igual y sofisticado. Posiblemente, esto no sea cierto. Lo que este trabajo ha intentado es convencer a los jugadores del sistema, tanto académicos como prácticos, de que de hecho, debemos comenzar a dialogar en un nivel mucho más básico de lo que pensamos hasta ahora, y que debemos avanzar más allá de los mantras y de las declaraciones meramente formales acerca de la necesidad de comprensión mutua de diferentes conceptos jurídicos, para llegar a comparar sus genotipos, y no meramente los fenotipos. Sólo de este modo seremos capaces de llegar a una amalgama exitosa de principios y reglas que reconozca las necesidades especiales de operaciones complejas como los juicios internacionales, y avanzar más allá de las constantes disputas entre miembros de distintos sistemas jurídicos acerca de las cualidades superiores del suyo propio. Tal y como están las cosas, uno tiene en demasiadas ocasiones la impresión de que la discusión se conduce bajo la máxima jurídica "si anda como un pato y grazna como un pato..."⁵⁹.

8. Bibliografía

BELAL, A. (2004), *Principles of Egyptian Criminal Law: The General Part*.

BOHLANDER, Michael (2009), *Principles of German Criminal Law*, Hart, Oxford.

- EL MISMO (2006), «Case Comment on Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Judgements of 15 March 2005 (Case No. 336/2005) and 13 April 2005 (Case No. 463/2005)», *Journal of Criminal Law*, (70).

- EL MISMO (2005), «'Take it from me': The Role of the Judge and Lay Assessors in Deciding Questions of Law in Appeals to the Crown Court», *Journal of Criminal Law*, (69).

Political Correctness and Correct Policy», *Journal of Criminal Law*, 2007, pp. 412, 420 y ss. para una sintética exposición general de los argumentos.

* Primero lo primero, pero no necesariamente en ese orden [N. del T.]

⁵⁸ WRAGG, «'Free Speech Is Not Valued If Only Valued Speech Is Free': Connolly, Consistency and Some Article 10 Concerns», *European Public Law*, (15), 2009, p. 111.

⁵⁹ Vid., en una línea similar D'AMATO, «It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!», *Conn. JIL*, (6), 1991, p. 1.

- EL MISMO (2012), *Principles of German Criminal Procedure*, Hart, Oxford.
- EL MISMO (2004), «The Influence of Academic Research on the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A First Overview», en CAPALDO, *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2003*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York.
- EL MISMO (2008), «The General Part: Judicial Developments» en BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, III.
- EL MISMO (2010), «No Country for Old Men? Age Limits for Judges at International Criminal Tribunals», *Indian Yearbook of International Law and Policy*, (1).
- EL MISMO (2009), «Pride and Prejudice or Sense and Sensibility? A Pragmatic Proposal for the Recruitment of Judges at the ICC and Other International Criminal Courts», *New Criminal Law Review*, pp. 529 y ss.
- EL MISMO (2007), «The International Criminal Judiciary: Problems of Judicial Selection, Independence and Ethics» en BOHLANDER (ed.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, Cameron May, London.
- EL MISMO (2009), «Comment on ICTR, Judgement and Sentence, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, of 28 April 2005» en KLIP/SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, v. XII, pp. 516 y ss.
- EL MISMO (2007), «Mistaken Consent to Sex, Political Correctness and Correct Policy», *Journal of Criminal Law*, pp. 412 y ss.

BOHLANDER, Michael/HEDAYATI-KAKHKI, Mohammad (2009), «Criminal Justice under Shari'ah in the 21st Century: An Inter-Cultural View», *Arab Law Quarterly*, (23), pp. 1 y ss.

BOHLANDER, Michael/FINDLAY, Mark J. (2003), «The Use of Domestic Sources as a Basis for International Criminal Law Principles», en CAPALDO (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2002*, v. I., Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York.

BRADLEY, Craig (2006), *Criminal Procedure: A Worldwide Study*, NC: Carolina Academic Press, Durham.

CAYLEY, Andrew/ORENSTEIN, Alexis (2010), «Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals: What Purpose If Any Does It Serve?», *JICJ*, (8), (2).

DAMASKA, Mirjan (1986), *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University, Press New Haven.

D'AMATO, Anthony (1991), «It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!», *Conn. JIL*, (6), pp. 1y ss.

M. DELMAS-MARTY, Mireille et al. (2006), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge.

FLETCHER, Georg (2007), *The Grammar of Criminal Law*, v. 1, Oxford University Press, Oxford.

FLOYD, Feeney/HERRMANN, Joachim (2005), *One Case, Two Systems: A Comparative View of American and German Criminal Justice Systems*, Transnational Publ., Ardsley.

HALLAQ, Wael B. (2009), *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge.

KLIP, Andre (2005), «Strafrecht in der Europäischen Union», *ZStW*, (117), pp. 889 y ss.

LAVERY, Jenny (2010), «Codification of the Criminal Law: An Attainable Ideal?», *Journal of Criminal Law*, (74), 2010, pp. 557 y ss.

MALLAT, Chibli (2009), *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford.

MEYER-GROßNER, Lutz (2010), «§ 238» en MEYER-GOßNER/CIERNIAK (eds.), *Strafprozessordnung*, 53^a ed., Beck, München, Nm. 12.

PAXMAN, Jeremy (1999), *The English: A Portrait of a People*, Penguin Books Ltd.

RADBRUCH, Gustav (1947), *Der Geist des englischen Rechts*, Rausch, Heidelberg.

- EL MISMO (2006), *Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts und die anglo-amerikanische Jurisprudenz*, (reimpresión a cargo de Heinrich Scholler), Lit, Viena.

SKILBECK, Rupert (2010), «Frankenstein's Monster: Creating a New International Procedure», *JICJ*, (8), 2010, pp. 451 y ss.

VIKOR, Knut S. (2005), *Between God and the Sultan*, Hurst, London.

VOGLER, Richard/HUBER, Barbara (2008), *Criminal Procedure in Europe*, Duncker & Humblot, Berlín.

WASTI, Tahir (2009), *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, Brill, Leidne.

WRAGG, Paul (2009), «'Free Speech Is Not Valued If Only Valued Speech Is Free': Connolly, Consistency and Some Article 10 Concerns», *European Public Law*, (15), pp. 111 y ss.