

PROF. CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO. EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO PENAL. 11-43. REVISTA CENIPEC. 30. 2011. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO

EL DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO PENAL.

Recepción: 23/11/2010.

Aceptación: 15/02/2011.

Prof. Carlos Simón Bello Rengifo
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
CARACAS - VENEZUELA
carlos.simon.bello@gmail.com

Resumen

El artículo se propone analizar las posibilidades que el derecho comparado abre para el desarrollo del derecho penal, tanto desde el punto de vista objetivo, como científico y metodológico, particularmente en la parte especial. A tal fin, se procede a una revisión de definiciones del derecho comparado a los fines de contrastarlas con los objetivos del artículo. Se propone básicamente la elaboración de modelos a partir de la estructura del tipo penal, sustentados en el concepto de relación, con lo cual se reduce la complejidad de la parte especial.

Palabras clave: derecho, comparado, tipo penal, dogmática, metodología.

Comparative legal studies and criminal law.

Abstract

This article examines the possibilities provided by comparative legal studies for the development of criminal law, especially its special part, from both the objective and the scientific and methodological perspectives. To that end, definitions from comparative legal studies are reviewed with the aim of assessing them in relation to the objective of the article. Overall, the proposal is to develop models related to the structure of the criminal type, based on the concept of relation, as a result of which the complexity of the special part is reduced.

Key words: law, comparative, criminal type, dogmatic, methodology.

Le droit comparé et le droit pénal.

Résumé

Cet article a pour but d'analyser les possibilités que le droit comparé offre au développement du droit pénal, aussi bien d'un point de vue objectif que scientifique et méthodologique, notamment en ce qui concerne le domaine du droit pénal spéciale. En ce sens, nous procédons à une révision des définitions du droit comparé afin de les contraster avec les objectifs généraux que propose notre article. A partir de la structure type du droit pénal, nous poursuivons l'élaboration de modèles basés sur le concept de relation, cherchant à diminuer ainsi la complexité du droit pénal spécial.

Mots clés: droit, comparé, type du droit pénal, dogmatique, méthodologie.

O direito comparado e o direito penal.

Resumo

Este artigo propõe-se analisar as possibilidades que o direito comparado abre para o desenvolvimento do direito penal, tanto desde o ponto de vista objetivo, como científico e metodológico, particularmente na parte especial. Para tal finalidade, se procede a uma revisão de definições do direito comparado com a finalidade de contrastá-las com os objetivos do artigo. Se propõe basicamente a elaboração de modelos a partir da estrutura do tipo penal, sustentados no conceito de relação, com o qual se reduz a complexidade da parte especial.

Palavras chave: direito, comparado, tipo penal, dogmática, metodologia.

1.- A modo de introducción.

1.0.- La relación entre derecho comparado y derecho penal no ha alcanzado un mayor grado de madurez, ni de desarrollo. De suyo son relativamente escasas las obras en el área, al menos en el medio latinoamericano, donde por lo general no se avanza más allá de compilaciones legislativas, con mayor o menor riqueza descriptiva de los regímenes legislativos nacionales. Obviamente, los nombres de Jiménez de Asúa, Bustos Ramírez y Zaffaroni son referencias importantes en esta área.

En el presente artículo me propongo ofrecer algunas ideas — más preguntas que respuestas —, en torno al rendimiento o utilidad que puede ofrecer el derecho comparado al derecho penal, entendido este último según sus distintos sentidos: objetivo (orden legal), científico (dogmática¹) y metodológico. Aun cuando la importancia respecto al derecho positivo aparece en primer lugar en la secuencia precedente, me referiré, en primer término, a la dogmática, ámbito en el cual centraré las presentes consideraciones, pues de ella deriva, a mi juicio, la trascendencia al derecho positivo y al método. Entro en mayores especificaciones.

1.1.- Primeramente, la dogmática puede ser definida según su objeto — la norma — y por su método — el dogmático —, de donde se obtiene que es el estudio sistemático del delito legalmente configurado (hecho punible)². Puede decirse que el objeto es de más fácil identificación³ que el método, pues este presenta algunas dificultades en la especificación de sus reglas. Luzón Peña⁴ distingue los siguientes momentos del método dogmático: **a) Interpretación y analogía;** **b) Elaboración de categorías o conceptos generales:** ... por inducción y abstracción, así como por deducción de los principios generales

¹ En lo sucesivo, y por razones de brevedad, dogmática, sin calificación, equivale a dogmática jurídico penal.

² El estudio de la dimensión natural del hecho punible es propio de otros saberes, especialmente, la criminología, lo que no excluye la posibilidad de la integración de un sistema conceptual complejo, empresa sin realización hasta la fecha. El estudio del delito legalmente configurado puede adicionarse a determinados propósitos o valores. Estos no han sido mencionados en el enunciado precedente en aras de alcanzar la mínima definición plausible.

³ Determinación de su especificidad jurídico penal

⁴ Conf. Diego-Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, pp. 92, 93 y 94. Lo sigo en lo sucesivo, salvo advertencia en contrario.

del Derecho y de los principios constitucionales, la dogmática del Derecho penal elabora categorías generales, y c) *Sistematización*: ... la dogmática penal forma (... omissis...) un sistema en donde se ordenan dichas categorías y también las normas del Derecho vigente, lo que contribuye de modo igualmente decisivo a la seguridad jurídica y la uniformidad, racionalidad, calculabilidad y controlabilidad de la aplicación del Derecho penal.

Todo lo anterior descubre con toda claridad las distintas etapas o fases de la dogmática, pero —añado—, ello no es lo mismo que la determinación del método según principios y reglas. Seguramente la ausencia de precisión respecto a principios y reglas obedece a que no son propias, sino que resultan de la aplicación del método deductivo sin reglas lógicas propias (jurídico penales). Pero, el método dogmático no es simplemente un conjunto de operaciones lógico-semánticas. Está impregnado de valoraciones en un proceso argumentativo cuya formalización está en espera de definición y sistematización. Sus objetivos abarcan un amplio espectro de posibilidades tampoco aún no del todo desarrolladas, al menos conceptualmente hablando. Valga agregar que la dogmática tiende a construcciones teóricas con vocación de universalidad, o sea, de aplicación a distintos órdenes jurídicos, con independencia de lugar y tiempo.

En cuanto su objetivo, formalmente considerado, opino que es la sistematización de conceptos y categoría jurídico-penales relevantes, aun cuando, en ocasiones, concurren otros objetivos conexos, al menos en los últimos años, tales como la fundamentación del injusto, o consideraciones político-criminales, con la anuencia de unos, y el rechazo de otros. No hay que olvidar que los intereses científicos también sufren el efecto del tiempo y las circunstancias. Ha habido períodos en los cuales la atención científica se dirigió de modo preferente a tópicos como causalidad, culpabilidad, fin de la pena, fundamento del *ius puniendi*, para mencionar algunos. Estas preocupaciones científicas o bien han sido “absorbidas” por otras, o han sido abandonadas, o bien se plantean según nuevas teorías.

Aún con todas estas indeterminaciones, no puede negarse que la dogmática es una ciencia que ha alcanzado un alto grado de desarrollo, rigor sistemático, prestigio y reconocimiento.

Cualquier otro conocimiento del hecho penal⁵, sin desmedro de su calificación científica o rigor sistemático, no es reconocido como dogmática, vale decir, como conocimiento jurídico científico. Se considerará como sociología jurídica, política criminal, teoría general del Derecho, etcétera; pero no como ciencia jurídica penal, sin perjuicio de que tales otros saberes también alcancen rigor metodológico y precisión de objeto.

Finalizando, todos los objetivos, conjunta o alternativamente considerados, pueden sintetizarse en la elaboración (objetivo material) de una respuesta normativa justa y razonable del Estado al delito⁶, fin más modesto que la “solución” o la “explicación” de la criminalidad, aun cuando quepa decir que dentro del marco de la criminalidad como problema halla justificación la dogmática en la concreción de sus objetivos materiales y formales. En suma, la dogmática atiende, por razón de su objeto y de su método, a la definición de la estructura normativa⁷, no social, del delito.

Precisado, en la medida de lo posible, todo lo anterior, cabe a continuación algunas ideas sobre el objeto formal y el método del derecho comparado en su relación con la dogmática.

1.2.- El derecho nacional es el referente de las elaboraciones de la dogmática, por lo cual el derecho comparado puede confundirse con el derecho extranjero, es decir, con el conjunto de «otros» derechos nacionales, pero el derecho comparado, por definición, no es un “orden jurídico”, en sentido positivo, con determinadas e invariables coordenadas de tiempo y espacio. El derecho comparado en cuanto método no es tampoco el “método de la dogmática”, pues si bien la comparación entre normas, conceptos o categorías puede ser empleada por el dogmático, no es en modo alguno un “método” específico o propio de la dogmática. Al fin y al cabo, no hay identidad absoluta entre la comparación propia del derecho comparado y la comparación empleada en cualquier otra rama del derecho. Si bien el objeto de la comparación son normas jurídicas en ambos casos⁸, su contexto de

⁵ En su doble faz, hecho normativo (hecho punible) o hecho social (hecho dañoso).

⁶ Punitiva o no.

⁷ Lograr la definición normativa exige el método propio de la dogmática.

⁸ En el derecho comparado macroscópico las normas se integran en un determinado orden jurídico o sistema, incluso en familias; lo que no sucede en el estudio de las ramas jurídicas nacionales.

aplicación —diferencia formal—, varía, lo que resulta decisivo para la diferenciación entre fines, propósitos y categorías de la dogmática nacional y los del derecho comparado⁹.

Con independencia de si hay o no un objetivo propio de la dogmática, lo cierto es que no recurre de ordinario al derecho comparado, casi siempre relegado a acercamientos descriptivos que, a lo sumo, permiten una perspectiva de regímenes legales afines por lo general, logro poco propicio a construcciones sistemáticas “totales”¹⁰, con pretensiones de universalidad, característica de las construcciones teóricas del finalismo o del normativismo que aspiran, explícita o tácitamente, elaborar propuestas teórico-dogmáticas supranacionales desvinculadas de un determinado orden nacional.

No obstante, la acelerada integración de distintos órdenes jurídicos está planteando un horizonte histórico que valida el interés y la importancia del derecho comparado, incluso en áreas como el Derecho Penal. Con todo, sin embargo, hay que reconocer que los aportes del derecho comparado a la dogmática siguen siendo magros¹¹. La aplicación del derecho comparado al derecho penal, general o especial, no puede eludir explorar ciertos temas propios del primero. De allí el epígrafe siguiente.

2.- Derecho Comparado. Definiciones.

2.0.- Hay distintas concepciones¹² sobre la razón de ser (concepción antropológica), y los fines (concepción normativa) del derecho comparado. Se puede decir que la concepción antropológica responde al *por qué* del derecho comparado, a la razón de su **utilidad**; en tanto que cuando se

⁹ O, si se prefiere, dogmática comparada.

¹⁰ Universalidad no en cuanto extensión teórica, sino en cuanto pretendido dominio de órdenes jurídicos nacionales, según una estructura básica conceptual común. Hay que tener en cuenta que el estudio comparativo tiende a la descripción de órdenes legales con miras a establecer diferencias- semejanzas respecto a determinado derecho nacional, y no a la “explicación” y “sistematización” de conceptos, como sí ocurre con las teorías jurídicas. Por supuesto, no sólo en la dogmática.

¹¹ En otras áreas del Derecho, tales como Constitucional e Internacional Privado, otra ha sido la suerte. La fuerte vinculación del Derecho Penal con la unidad del Estado y la idiosincrasia de cada nación, no han favorecido la atención del Derecho Comparado, a pesar, y diría que paradójicamente, la finalidad universalista de la dogmática.

¹² Entiendo por concepción la categoría que recoge la propuesta o perspectiva sobre la razón y fines del derecho comparado.

atiende a los fines (concepción normativa), se responde al *para qué*, se habla de los objetivos, esto, sobre el **contenido** que se traduce a **la utilidad del saber de que se trata**¹³. Entremos al tema¹⁴.

2.1.- Voy a partir de la premisa de que las concepciones son fundamentalmente dos: antropológicas y normativas.

Las primeras le atribuyen al derecho comparado un alcance extranormativo o sociopolítico. Por ejemplo, la tesis de que el derecho comparado permite descubrir los vínculos que unen a los pueblos en varios estados de civilización¹⁵. Se atiende básicamente a la razón del ser, al porqué del derecho comparado. Ancla su respuesta en la condición humana. Sin embargo, casi todos los autores pasan de una concepción a otra, lo que en todo caso no obstaculiza destacar las ideas representativas de cada concepción, en determinado autor, que también sostenga la otra tesis. Así tenemos que Del Vecchio, por ejemplo, representa la concepción antropológica cuando sostiene que el derecho en su totalidad es más un fenómeno humano que nacional, por lo que el derecho comparado es fuente viva e integrante de sistemas aparentemente fragmentarios. El derecho comparado descansa en la unidad del espíritu humano universal, es su fuente y su oriente¹⁶. Sus palabras comprometen inequívocamente una visión abstracta y universalista que representa con irrefragable dignidad:

“Si existe alguna esperanza - y la esperanza constituye también un deber - de que el género humano evite la funesta suerte que podría estarle reservada como consecuencia de sus mismos progresos técnicos, verdaderamente enorme, esa esperanza no puede consistir

¹³ La diferencia entre razón de ser y fines no está literalmente presente en la mayoría de los autores que citamos, para no decir en ninguno. Emplean, por lo general, como sinónimas voces tales como fin, función, objetivo, tarea. No obstante, la diferencia propuesta permite una construcción teórica ulterior sobre las distintas doctrinas.

¹⁴ No puede decirse, salvo raras excepciones, que hay una nítida diferencia entre una y otra concepción. Un autor puede ser ubicado en distintas concepciones, lo que explica que en lo sucesivo se puede observar una cierta ubicuidad respecto a varios de los autores citados.

¹⁵ Mario Sarfatti, Introducción al estudio del derecho comparado, p. 73. Este autor, también, como pronto se verá, en otras páginas sustenta una concepción normativa.

¹⁶ Conf. Giorgio del Vecchio, *Basi del diritto comparato e i principi generali del diritto*, en *Problemes contemporains de Droit Comparé*, p. 9.

en otra cosa como no sea en el desenvolvimiento y consolidación de una común conciencia moral y jurídica de la humanidad.”¹⁷

Luego este autor no se detuvo en una suerte de proclamación de la “espiritualidad” del derecho comparado, sino que también avanzó hacia sus fines normativos. Muy cercana es la propuesta de Constantinesco, quien si bien está entre los autores que la adjudican al derecho comparado, en cuanto ciencia, un valor estrictamente teórico y conceptual, sin embargo, le reconoce un alcance espiritual más allá de su puro valor científico:

“... hay que empezar por comprender a los grandes conjuntos jurídicos en sí mismos, y en sus relaciones, es decir, en su posición y oposición, a la vez jurídica e ideológica, social y económica. Hacerlo, es trabajar por una mayor comprensión entre los pueblos por medio de un mejor conocimiento de sus derechos.”¹⁸

2.2.- Representan también esta fundamentación antropológica, quienes le atribuyen al derecho comparado la función de un mejor conocimiento de la estructura dogmática y premisas de cada derecho nacional, en suma, la comprensión de los pueblos. Es la tesis de Ascarelli¹⁹, quien no sólo subraya la función integradora sociopolítica del derecho comparado, sino que además reconoce la importancia del derecho comparado para el estudio del derecho nacional en cuanto lenguaje, a pesar de las diversidades idiomáticas²⁰. Coincidiendo con el logro final, Sarfatti habla de una concepción netamente jurídica (jurídica atenuada proponemos), que mira al porvenir²¹. Según sostiene, comprende las propuestas que, descansando en la igualdad de la civilización, concluyen en la necesaria identidad de las instituciones jurídicas, por lo que al derecho comparado le corresponde la descripción objetiva del derecho de diferentes naciones de una misma civilización, para

¹⁷ Id. cit., p. 3.

¹⁸ Conf. Leontin-Jean Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado*, p. 77.

¹⁹ “... Los pueblos se comprenden no porque tengan un mismo lenguaje gramatical común, sino cuando los une un lenguaje ideal común, que puede permitir la recíproca comprensión de sus gentes...”. Conf. Ascarelli, *Jornadas de Derecho Comparado*, p. 53.

²⁰ Id., cit., p. 55.

²¹ Conf. Sarfatti, *Op. cit.*, p. 75.

luego reagruparlas en categorías homogéneas y tratar de determinar cuál responde mejor al vigente estado de la cultura. Dentro de este grupo ubica a Lambert, Del Vecchio y Lévy-Ullman.

2.2.1.- Es claro que el derecho comparado puede ser un instrumento muy útil para la unificación de los pueblos, a través de la expansión e interpenetración del conocimiento jurídico. Sin embargo, hay que tener muy en cuenta que la unificación es posible si hay condiciones culturales apropiadas, pues es un proceso cultural y no exclusivamente político que no opera en un eje continuo de tiempo.

Ese proceso integra la comunicación económica que atenúa la entrada de diferencias político-ideológicas, por lo que constituye un craso error pretender que la integración es primeramente un hecho político, pues es en este ámbito donde precisamente abundan las mayores diferencias socio nacionales, a menos que -y esta opción va de suyo destinada al fracaso-, se acometa con esquemas autoritarios, que, por lo común, suscitan rechazo desde las zonas sociales externas al centro que desarrolle el rol hegemónico, o con aspiraciones de tal. Por ello, el desconocimiento de la compleja realidad de los procesos de integración y de ulterior unificación, ha hecho estragos en Latinoamérica²².

El acercamiento cultural está mediado muchas veces por el recíproco conocimiento de realidades pre existentes y comunes pero desconocidas y, por lo mismo, no compartidas, vale decir, sin fuerza integradora. En ese recíproco conocimiento, el derecho comparado puede ser significativamente valioso, al relacionar dominios jurídicos comunes que empiezan entonces a ser compartidos y a contribuir a determinar fenómenos y realidades sociales también comunes y frente a las cuales respuestas jurídicas compartidas también estimulan y forman parte misma de la integración.

²² La integración a partir de premisas ideológicas o políticas contraviene la experiencia histórica, pues se trata de un fenómeno socio-cultural-económico, en el cual los procesos económicos impulsan los distintos momentos y niveles de las sociedades a integrarse. Esta lección de la historia y de la razón, aún está por aprenderse, de allí que la integración latinoamericana siga siendo un capítulo por escribirse en nuestra historia. El talante ideológico al menospreciar la fuerza de la realidad económica del hombre productivo -dimensión humana irrenunciable de la existencia-, desconoce la realidad de los hechos y fracasa en su obstinado propósito.

Si bien la integración en lo jurídico puede ser considerada como uno de los últimos eslabones en materializarse, creo que la integración jurídica es gradual conforme a otros procesos, frente a los cuales desarrolla reglas legales reguladoras interactuantes. Alcanzado un mayor nivel de integración, las normas jurídicas se expanden en un ámbito común. Así, se puede llegar al caso de leyes y tribunales sin fronteras, hecho superior al proceso previo en el cual las relaciones entre fronteras era precisamente el objetivo de la regulación normativa.

Lo cierto es que la cultura no es una mera abstracción, ni tampoco una realidad simple, sino compleja, pues es un universo integrado por componentes éticos, estéticos, políticos, normativos y científicos, reflejados en comportamientos, creencia y valores integradores de la sociedad y homogéneamente compartidos. Y por lo que al Derecho compete, es necesario siempre subrayar la importancia que en su dimensión cultural tienen las instituciones, las normas y los principios, que se articulan y comunican, interna y externamente, gracias a mecanismos, si vale la expresión, interpretativos. Por eso, con sobrado acierto, Gutteridge²³ advierte que la unificación no es identidad de normas, sino que es necesario hacerse de principios comunes de interpretación para que la unificación no se quede en el papel.

Vistas así las cosas, puede concluirse que el derecho comparado es útil e incluso tiene entre sus finalidades, cooperar a los procesos de integración de las naciones. Pero no se detiene allí el *rendimiento* del derecho comparado.

2.2.2.- Muy próximos están quienes buscando la estructura interna que subyace al lenguaje jurídico, consideran que el derecho comparado es útil para la interpretación del derecho nacional. Lo resaltan autores como Bonfante, Degui, y de algún modo Briegi²⁴, así como Galgano, quien -apoyándose Saleilles-, sostiene que el derecho comparado puede aportar una base objetiva a la discusiones jurisprudenciales internas, sin que el derecho extranjero por sí mismo pueda ser considerado como fuente subsidiaria del derecho interno,

²³ Conf. Gutteridge, *El derecho comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y el estudio del derecho*, p. 159.

²⁴ Conf. Salvatore Galgano, *Funzione giuridiche del diritto comparato*, p. 3.

del cual no forma parte, aun cuando sí se puede equiparar el derecho comparado a la costumbre, no como mero derecho extranjero²⁵.

2.2.3.- Aún reconociendo las bondades de la integración, destacan, sin embargo, que no es deseable la unificación absoluta de todos los derechos y de todas las disposiciones, pues hay zonas jurídicas muy vinculadas a los particularismos e historia nacionales, frente a aquellos que, como los llama Lambert, son móviles y tienden a universalizarse, tales como obligaciones, contratos, relaciones mercantiles en general, pues en las relaciones mercadas por lo económico es donde se han observado mayores progresos en la unificación²⁶.

2.3.- La elaboración de una ciencia jurídica universal es otra concepción sobre los objetivos del derecho comparado. Volviendo a Del Vecchio, tenemos que también sostiene que es posible una ciencia del derecho universal comparado, siempre que se remonte al principio de la unidad real del espíritu humano, que en su opinión es el presupuesto implícito y lógico de toda indagación comparatista. Considera que el Derecho opera como una categoría propia, en síntesis, como una verdad necesaria, pero no lo extrae el hombre de la realidad de la existencia, sino el espíritu de sí. Así el hombre, a través del Derecho, reconoce a los otros con la misma cualidad de sujeto que él posee. Es un sistema universal de facultades y obligaciones correlativas²⁷.

La ciencia cuyo objeto es tal derecho universal tiene, además, ciertos cometidos importantes, como lo es, por ejemplo, distinguir y componer en cierto orden las diferentes fases de la evolución jurídica, sin afectar la realidad y singularidad de los fenómenos reales, pues es claro que no se puede determinar *a priori* la duración de cada etapa, vinculada como está, a las circunstancias de cada pueblo²⁸. Esta ciencia, en cuanto programa abarca la identidad del espíritu en sus formas constitutivas, así como las leyes y

²⁵ Id., pp. 4 y 8. Obviamente, el derecho internacional de los derechos humanos no puede ser considerado derecho extranjero.

²⁶ Conf. Javier Elola, *Funzione Giuridiche del Diritto Comparato*, pp. 28 y 29.

²⁷ Ib., pp. 3, 4 y 5.

²⁸ Conf. Giorgio del Vecchio, *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del derecho*, p. 7.

tendencias generales, programa al cual pueden servir las investigaciones limitadas a determinados sistemas e instituciones.

Agrega que la ciencia del derecho comparado revela los principios y permite delinear la escala de valores de los diversos sistemas jurídicos y medir, por así decirlo, su grado de humanidad. Expresa, además, que no sólo el derecho comparado tiene un campo bien definido, sino también una razón práctica: contribuir a la progresiva armonización y unificación del derecho de los Estados, participando entonces en el proceso de una verdadera *societas humani generis*²⁹. Sobre tales premisas funda la finalidad de la nueva ciencia del derecho universal al servicio de la unificación, punto de coincidencia con otros autores, aunque desde un ángulo más universal por abstracto y espiritual:

Ilustrando los momentos más altos alcanzados por el pensamiento jurídico, es decir, las leyes más ricas en contenido racional humano, esta ciencia sirve de guía a ulteriores progresos y ofrece como modelo de posibles perfeccionamientos y de reformas doquiera que se advierta su oportunidad y exigencia. Ella constituye también un eficaz instrumento para la progresiva unificación del Derecho positivo de los distintos Estados, meta ciertamente lejana y, sin embargo, claramente perceptible en el horizonte gracias a los avances que la humanidad ha dado hacia ella³⁰.

2.4.- El derecho comparado también puede contribuir de modo primordial³¹ a la elaboración de un derecho mundial, entendido como derecho positivo o como teoría general. Con pocas diferencias, tenemos en este campo a autores como Zitelman, Ofner, Tanaka, Sujiyama, Lévy-Ullman y Saleilles³². En 1888, Zitelman se refirió a la posibilidad de un Derecho de naciones civilizadas basado en la naturaleza objetiva del Derecho. Tal derecho mundial es posible gracias a la uniformidad de la forma lógica del Derecho y del pensamiento

²⁹ Conf. Giorgio del Vecchio, *Basi del diritto comparato...*, p. 52.

³⁰ Conf. Giorgio del Vecchio, *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, p. 11.

³¹ Y decimos primordial, porque muchas veces el criterio que decide la ubicación del autor depende del énfasis que coloque, pues es claro que en este grupo también podría colocarse, con toda propiedad, a Del Vecchio, por ejemplo; pero, son los matices los que deciden en muchas ocasiones.

³² Conf. Constantinesco, *Op. Cit.*, pp. 305-308. Lo seguiremos en lo sucesivo.

jurídico, aunado a los factores de comunidad de ideas religiosas, factores económicos y sociales.

Saleilles, al igual que Lambert, a reserva de los límites que también reclama, también se pronunció a favor de la elaboración de un derecho mundial, que el primero llamó derecho común legislativo y el segundo derecho común de la humanidad, y concluía, bajo la inspiración de la escuela de filosofía del Derecho de Stammler, que al derecho comparado le compete en establecer los principios comunes a todos los sistemas jurídicos del mundo civilizado, universales, pero no inmutables, como especie de un modelo: *droit idéal relatif*³³. Para Lévy-Ullman, el derecho mundial ha de responder a las necesidades y relaciones de negocios, a través no de una transformación legislativa inmediata, sino por una progresiva búsqueda de uniformización de los derechos, por la cooperación activa y consentimiento de juristas de los diferentes sistemas jurídicos. Tal derecho mundial superará el marco de los negocios³⁴.

2.5.- Una concepción menos atenta a las condiciones “espirituales” del derecho comparado, es aquella que le asigna la mejora del derecho, postura muy cercana a la anterior, y en ocasiones coincidente. Así, entonces, se dice que el derecho comparado puede mejorar el derecho nacional.

Sarfatti también sostiene un enfoque “netamente jurídico” cuando se incluye dentro de los autores que pretenden introducir principios ideales al derecho nacional, gracias a los resultados obtenidos por el estudio

³³ Conf. Gutteridge, Op. Cit., p. 16. Saleilles, según Constantinesco, se inspira en las ideas de Stammler sobre un derecho justo y tipo ideal de instituciones jurídicas. De tal modo que el objetivo del derecho comparado es destacar el tipo ideal de las instituciones y de las normas jurídicas comunes que formarían el derecho común de la humanidad civilizada, lo que en definitiva se consuma, anota Constantinesco, en un verdadero derecho natural secular y universal, aunque no inmutable, que, en su opinión, no es más que una serie de generalidades, amén de que el referente de nación civilizada no es un marco seguro a ese derecho común; expresión que, agregamos nosotros, encierra una posición ideológica y política que carece de toda vigencia y validez en el mundo contemporáneo que busca la universalidad en medio de la diversidad contra la que choca la axiomática de la locución “humanidad civilizada” (Conf. Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado*, Vol- I, pp. 288-289). En tanto que para Lombardi, el autor francés perfila, junto con Lambert, la sensibilidad actual del derecho comparado (Conf. Lombardi, *Introducción al Derecho Público Comparado*, p. 23).

³⁴ Conf. Gutteridge, Op. Cit., p. 12.

comparativo de las diferentes legislaciones, no sólo las afines. De este modo, el derecho comparado se convierte en un factor científico y racionalizador del derecho nacional³⁵. Esta concepción también la defiende Lévy-Ullmann, para quien el derecho comparado es la rama especial de la ciencia jurídica que permite la aproximación (*raprochement*) de los países civilizados; al igual que Maine, para quien el derecho comparado facilita la legislación y contribuye al perfeccionamiento del Derecho³⁶.

Saileilles y Del Vecchio, también postulan la creación de una ciencia universal, el derecho comparado en cuanto tal, que, independientemente de la historia comparativa y de la política jurídica, puede labrar definiciones ideales de determinados institutos, recabadas gracias a la comparación de diferentes leyes, de su funcionamiento y sus resultados, tomando en cuenta el estado social y económico de cada pueblo, además de que puede prestar un servicio accesorio, como ciencia auxiliar de algunas ramas del derecho interno, y así colmar lagunas. De este modo, el derecho comparado traspassa sus resultados al modelo interno de cada país, sin alterar la forma y la armonía de cada sistema nacional³⁷. El derecho comparado lleva a un conocimiento más profundo del derecho nacional, siempre que el estudioso se despoje de prejuicios, dice Goldschmidt. Conocimiento que redundará, prosigue, en el desarrollo del derecho nacional, siempre y cuando los derechos comparados pertenezcan al mismo sistema jurídico, y más aún cuando se trata del modelo del derecho nacional. Reconoce su utilidad cuanto se trata de los sistemas latino y germánico³⁸.

Enfoque similar hallamos en Gutteridge para quien el derecho comparado puede servir para descubrir las bases del Derecho, si se considera como un

³⁵ Conf. Sarfatti, Op. Cit., p. 74.

³⁶ Conf. Gutteridge, Op. Cit., p. 12.

³⁷ Conf. Galgano, Op. Cit., p. 6. Este mismo autor, sin embargo, reconoce la contradicción que existe entre la corriente que considera el derecho comparado como fuente subsidiaria en casos de lagunas y los códigos que vedan fuentes supletorias extranjeras (Id., pp. 8-9). Claro que esta función no la puede cumplir en el Derecho Comparado, por el rigor del principio de legalidad en el Derecho Penal.

³⁸ Conf. Roberto Goldschmidt, *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado*, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, p. 17. Y agrega: "Los estudios de derecho comparado sirven, quizás hasta en primer lugar, a una concepción más profunda del derecho nacional siempre que el autor no se aproxime a los derechos extranjeros con prejuicios mezquinos, decidido a no aprender *nada de ellos*."

todo, lo que no es perceptible con el estudio aislado. El derecho comparado puede arrojar luz sobre leyes o instituciones que parecen no tener justificación en la lógica o en la tradición y es piedra de toque para juzgar si una ley es o no, mejor solución para un problema determinado³⁹.

David también se afilia sin ambages a la posición favorable al derecho comparado como medio para un mejor conocimiento del derecho nacional, de sus reglas e instituciones, pero esto no significa que circunscriba el Derecho a un raquíctico nacionalismo, pues considera que el nacionalismo jurídico es provincialismo inconciliable con el verdadero espíritu científico, un empobrecimiento peligroso para el desarrollo y aplicación del derecho nacional. Añade que el derecho es una ciencia social del mismo rango que la economía y la política, y no conviene estudiarlo desde el ángulo estrecho del nacionalismo, concluye⁴⁰. Afirma que los resultados que se obtienen del derecho comparado pueden obedecer a un interés legislativo, cuando se trata de derechos de la misma familia, o dogmático, cuando son de distintas familias. Así, permite también el mejoramiento del derecho nacional, hacer frente a la unificación del derecho y a resaltar las características, a veces latentes, del derecho nacional⁴¹.

Sarfatti, aun cuando como antes reseñé está entre quienes considera que al derecho comparado le corresponde mejorar el derecho nacional, también se coloca entre los autores que tratan expresamente de relacionar su propia concepción sobre la naturaleza o índole del derecho comparado con las funciones que debe cumplir. Para llegar a ello, hace una reseña de la obra y consecuencias de la obra de Bernhoff⁴², concluyendo que sus premisas no están acordes con la “esencia” científica del derecho comparado que como tal:

³⁹ Conf. Gutteridge, Op. Cit., p. 23.

⁴⁰ Conf. René David, *Le droit comparé. Enseignement de culture generale...*, p. 11

⁴¹ Id., pp. 17 y 18.

⁴² Este autor, en 1895, publicó un artículo en el primer volumen del *Jahrbuch der internationalen Vereinigen fur vergleichende Rechtswissenschaft*, y distinguió las funciones del derecho comparado atendiendo a sus planos de aplicación: a) el parámetro doctrinal y b), el de sentido práctico. En el nivel doctrinal, el propósito es mostrar las leyes naturales a que obedecen las manifestaciones que integran el derecho, captar el fundamento de las transformaciones de la vida jurídica y descubrir las formas que corresponde a cada institución en las diferentes fases del desenvolvimiento social y económico. De este modo se puede extender a órdenes jurídicos desaparecidos. Se conoce como etnología jurídica, jurisprudencia económica o arqueología jurídica. En el nivel práctico, persigue más allá de la observación, la acción: ayuda al legislador en lo sustancial y en la técnica legislativa e influye en la interpretación a través de la doctrina y la jurisprudencia. (Conf. Sarfatti, Op. Cit., pp. 66-67).

...provoca un certero acercamiento entre las legislaciones sujetas a comparación y extrae de su aparente diversidad el fondo común de las instituciones y de los conceptos que en ellas existen latentes, recogiendo así un conjunto de principios comunes que permita una lejana perspectiva la congruente unificación del derecho⁴³.

Así, el derecho comparado aspira a conciliar las diferencias entre las legislaciones que rigen pueblos de igual civilización, limitando las divergencias jurídicas que no dependen de la constitución política, moral o social de los pueblos. Por último, tenemos que Lombardi, invocando a Gény, proclama que el derecho comparado desprovincializa los derechos nacionales y tiende a la superación de la escuela exegética, en crisis, según su juicio⁴⁴.

2.6.- Hay autores que inciden más bien sobre los objetivos múltiples del derecho comparado, no como contenido de un destino único y final, sino como suerte de indistinta jerarquía. Citando a autores latinoamericanos, tenemos que Umaña Luna puede ser ubicado entre quienes le reconocen funciones distintas y acumulativas al derecho comparado:

Es el método comparativo⁴⁵ que busca las notas comunes a los varios derechos positivos, para buscar un mejor conocimiento entre los diversos pueblos, sirviendo además de auxiliar con relación a la interpretación jurídica de las reformas legislativas de un país y, en fin, buscando la unificación progresiva del derecho en el mundo⁴⁶.

En términos similares se expresa De la Rúa cuando se refiere a la utilidad que para el Derecho Penal tiene el derecho comparado⁴⁷. Gutteridge⁴⁸, por ejemplo, cuando señala a Bryce como un autor que le atribuye propósitos diversos al derecho comparado, nos dice que en 1901, distinguió entre un aspecto científico y permanente, y otro más práctico. El primero se refería al

⁴³ Conf Sarfatti, Op. Cit., pp. 67-70.

⁴⁴ Conf. Lombardi, Op. Cit., p. 23.

⁴⁵ Es claro que este autor asimila derecho comparado y método comparativo.

⁴⁶ Conf. Eduardo Umaña Luna, *El Derecho (poder, dominación, control social)*..., p. 90.

⁴⁷ Conf. Jorge de la Rúa, *La importancia del derecho comparado para la unificación legislativa en materia de derecho penal*..., pp. 145 y 146.

⁴⁸ Conf. Gutteridge, Op. Cit., pp. 13 y 16, a quien seguimos en lo sucesivo.

estudio histórico del derecho en general, y el segundo tenía por tarea mostrar las reglas que resuelven problemas sustancialmente iguales. Wigmore, a su vez, distinguió entre la *comparative nomoscopy* (descripción de derechos extranjeros), la *comparative nomothetics* y, por último, la *comparative nomogenetics* (estudio del desarrollo de los derechos relacionados entre sí); mientras que Rabel distinguió entre una teoría general etnológica del Derecho, la comparación histórica y el derecho comparado sistemático y dogmático, que es la comparación de normas de los derechos actuales.

Lambert le atribuyó al derecho comparado: a) descubrir las causas del auge, desarrollo y decadencia de las instituciones jurídicas: historia comparativa y b) elaborar legislación comparada, modalidad de técnica jurídica para crear un derecho común internacional, así como reglas aplicables a los que gozan de un mismo nivel de civilización. De Sola Cañizares⁴⁹ sostiene, contrariando a Constantinesco, que el derecho comparado no tiene sólo un interés teórico científico, sino que también tiene múltiples aplicaciones prácticas:

Mejor comprensión del derecho nacional: “... *El que ignora el derecho extranjero se priva de un medio de comprensión e interpretación. El que se limita a la lectura de un texto extranjero puede llegar a soluciones inexactas...*”.

Perfeccionamiento de la legislación nacional: el estudio del derecho comparado lleva a la explicación de las causas que motivan determinadas soluciones jurídicas, los medios aplicados, su éxito o fracaso y sus motivos. En Grecia, por ejemplo, Solón y Licurgo se inspiraron en el derecho extranjero.

Unificación legislativa: no es posible sin el previo conocimiento y comparación, y sin que esto implique, subraya De Sola Cañizares, que en todos los casos sea posible y deseable la unificación, ni que ésta sea la única finalidad del derecho comparado.

Descubrimiento de los principios comunes: para esta tarea es indispensable el derecho comparado. Si bien, advierte, no es fácil llegar a reglas jurídicas

⁴⁹ Conf. Felipe de Sola Cañizares. *Iniciación al Derecho Comparado...*, pp. 109 y ss, a quien seguiremos en lo sucesivo.

universales, en sentido absoluto, de todos los sistemas jurídicos, sucede que el jurista que basa sus teorías en conceptos de un solo sistema “...*corre fácilmente el riesgo de cometer errores...*”.

El derecho comparado tiene un valor educativo: “...El derecho comparado tiene, pues, un considerable valor educativo y es un elemento indispensable de la cultura jurídica general, porque da a los estudios jurídicos un sentido de humanismo y de universalidad...”.

El egresado universitario en estudios jurídicos, a diferencia, por ejemplo, del físico que puede actuar en cualquier parte del mundo, ha recibido en cambio una formación estrecha. Tal parroquialismo es incompatible con el universalismo que requiere la cultura de nuestra época: “...*El derecho comparado es el camino hacia un porvenir mejor para la ciencia jurídica...*”.

La administración de justicia: el juez que se pone en contacto con lo que es universal y humano, recibe el influjo del humanismo y puede mejorar la administración de justicia.

La abogacía: para el abogado es frecuente intervenir en asuntos ligados al derecho extranjero.

La diplomacia: el diplomático moderno es negociador en asuntos económicos cuyo éxito depende del conocimiento de la mentalidad y puntos de vista jurídicos de los negociadores con que trata.

Comprensión internacional:

“El derecho comparado contribuye a la comprensión internacional, enseñando a los nacionales de cada país las concepciones jurídicas, económicas y sociales de los países extranjeros. El derecho comparado es una ciencia humanista y representa en sus aplicaciones un elemento de comprensión mutua entre los hombres y los pueblos, y, por lo tanto, un factor de paz internacional. El valor del derecho comparado reside esencialmente en que se trata de algo profundamente humano, tendiendo a la universalidad del derecho y, por ello, a la unidad y fraternidad entre los hombres.”

En Venezuela, tenemos los planteamientos de Tatiana de Maekelt, para quien los objetivos se resumen así: mejor aplicación, creación, unificación, cabal aplicación del Derecho Internacional Privado y búsqueda de nuevos principios⁵⁰. Mejor aplicación en la práctica y eficacia del derecho nacional. El juez localista se encuentra frente a muchas dificultades que podría sortear de modificar su perspectiva regional.

El derecho comparado brinda una utilidad integradora frente a las lagunas de la ley, o normas confusas, por eso constituye la creación de un nuevo método interpretativo. La unificación, la tendencia a un ordenamiento jurídico supranacional, descansa, más allá que en el conocimiento del derecho extranjero, en la comparación, en la evaluación. Según mi perspectiva, me permito agregar que el quinto objetivo tiene encomiable engarce en el contexto latinoamericano, y venezolano, por supuesto.

Pauta la autora que el derecho comparado debe atender a la composición de sistemas jurídicos que se adapten a las sociedades reaccionarias⁵¹, a fin de adecuarlas a las modernas manifestaciones del desarrollo:

Es inútil insistir en que el jurista de hoy no encontrará en el derecho romano los principios fundamentales para la reforma jurídica de una sociedad moderna. Tampoco le resultará suficiente el derecho natural. Para buscar una nueva política legislativa, el jurista deberá dirigirse al derecho comparado. A su vez, el objetivo fundamental que impone al derecho comparado el mundo moderno consiste en preparar un ordenamiento jurídico con el cual una sociedad tecnificada puede desarrollarse eficazmente.

⁵⁰ Tatiana de Maekelt, *Reflexiones sobre derecho comparado*, Libro Homenaje a Joaquín Sánchez Covisa, pp. 229 y ss. La seguimos en lo sucesivo.

⁵¹ En mi opinión, de modo muy especial a las sociedades reaccionarias. Si bien es verdad que el término “reaccionario” ha sido atrapado por el lenguaje político como etiqueta descalificadora respecto a todo sujeto o enfoque contrario a las promesas de progreso proveniente de sectores “progresistas”, cuando no “revolucionarios” de la llamada “izquierda”, se puede emplear para atribuírselo, con mayor lealtad a su significado, a todas aquellas organizaciones, movimientos, ideologías y sociedades que reaccionan contra el avance social integrado a procesos de globalización, interconexión mediática e impulso del desarrollo inclusivo mediante el respeto a los derechos humanos. Aun cuando la globalización económica apareja fenómenos que pueden poner en peligro la identidad cultural de ciertos colectivos sociales o nacionales, lo cierto es que no es imposible preservar esta identidad y propiciar el desarrollo de la humanidad como totalidad. El equilibrio no es fácil, aunque sí necesario. La integración sólo es posible si hay diversidad.

Considero que esta visión pluralista de los objetivos del derecho comparado no los jerarquiza, pero es singularmente rica para las perspectivas y necesidades del mundo latinoamericano, como acicate para la conformación de unas estructuras jurídicas que permitan alcanzar los niveles propios de la modernidad. Sin embargo, citando a Rabel, nuestra autora concluye que no es posible enumerar todos los objetivos del derecho comparado, pero se condensan en la preparación para el futuro:

No se podrían señalar todos ni deben señalarse (los objetivos) ...Consisten en la aclaración del pasado y del presente y en la preparación del futuro. Se encuentran en la altura de la especulación y de la abstracción y en el fondo de cada pequeño problema práctico.

Similarmente, Sujiyama, atendiendo a la correspondencia con la metodología jurídica, el derecho nacional y el derecho supranacional, plantea: Con relación al derecho supranacional: a) Favorecimiento del comercio jurídico externo o interno nacional. De este modo se enfrenta a las murallas que elevan el particularismo jurídico nacional y el exclusivismo nacional. b) Formación del derecho universal. El estudio de la proximidad de los derechos nacionales está facilitado por los trabajos preparatorios. Igualmente, le corresponde el descubrimiento y comprobación positiva de la existencia de fuentes, a veces ocultas, del derecho positivo supranacional; y establecer los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Agrega que estas tareas son necesarias no sólo para la búsqueda de las fuentes del derecho internacional público, sino también para la investigación del derecho natural que ha llegado a ser positivo: el derecho universal, a la vez natural y positivo que se extiende al derecho público y al derecho privado. c) Facilitar la cooperación recíproca de los pueblos⁵².

Finalmente, le atribuye dos fines del derecho comparado. En primer término, tiende a establecer la esencia fundamental del Derecho, leyes o ritmos de evolución. En este sentido, tienen cabida diferentes escuelas: la

⁵² Conf. Naojiro Sujiyama, *Ensayo de una concepción sintética del Derecho Comparado (En Concepto y Métodos de Derecho Comparado)*, pp. 65 a 67.

de jurisprudencia etnológica (Post, Kohler), la de jurisprudencia comparativa (Tarde, Esmein, Lévy-Ullmann, Wigmore), la de filosofía comparativa (Del Vecchio, Le Fur) y la escuela que tiende a establecer los principios generales comunes de las naciones civilizadas, invocados en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional y el artículo 28 del Acta General para la Resolución Pacífica de los Conflictos Internacionales de 1928 que elaboró el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de Roma.

El otro fin es la investigación del derecho positivo, al que afilia la escuela del derecho extranjero, la cual, agrega críticamente, confunde el derecho comparado con el derecho extranjero; la escuela de historia comparativa del Derecho, diferente a la escuela de la historia del derecho extranjero; la escuela de comparación de los derechos nacionales, la cual, como dijo Saleilles, es sólo preparatoria; la comparación de las concepciones jurisprudenciales clasificadas como categorías, entre quienes está Roguin (el autor glosado agrega que se trata de un procedimiento de método comparativo); la jurisprudencia comparativa de los diversos grupos de derecho y, por último, la investigación comparativa de los principios generales del Derecho comunes a las naciones civilizadas⁵³. Empero, quizás la cercanía con Maekelt no pasa de este dato de la multiplicidad, porque resulta claro que para Sujiyama todo se resume en la construcción de un derecho mundial basado en los principios jurídicos de las naciones civilizadas, con un marcado tinte *ius naturalista*.

Galgano le atribuye varios fines, sin entrar a distinguir entre su posible condición metodológica y sus objetivos, pues uno de ellos consiste, precisamente, en ser un método de estudio de los fenómenos jurídicos en general, pues pone al jurista en contacto con varias y más vastas experiencias. Así, propone:

a.- La atenuación y, a veces, eliminación de las divergencias. Es el primer paso para el acercamiento y asimilación progresiva. Asimilación de métodos de estudio y acercamiento de los juristas. **b.-** Es premisa de la unificación jurídica, ya que revela presupuestos y condiciones. Aporta una visión supranacional de

⁵³ Id., pp. 45-47.

los fenómenos jurídicos y permite la condición preliminar de toda unificación: el conocimiento de los derechos singulares el grado de semejanza o no, que haya entre ellos⁵⁴. **c.-** Puede dar preciosa contribución a la educación jurídica de los jóvenes y participar de modo importante en la didáctica. **d.-** Puede ser correctivo de la dogmática. **e.-** Prepara la reforma legislativa. **f.-** Sirve a la buena administración de justicia, sobre todo cuando se trata de controversias en que se debe aplicar el derecho externo. **g.-** Es medio de superación (“elevamento”) de la ciencia jurídica⁵⁵.

2.7.- En conclusión, de la sintética revista que hemos hecho de las distintas concepciones del derecho comparado, particularmente en cuanto sus fines, podemos decir lo siguiente:

a.- Un mismo autor puede sostener posiciones distintas, no excluyentes entre sí, al momento de definir la razón y propósitos del derecho comparado, **b.-** Los fines atribuidos al derecho comparado inciden en distintos ámbitos: político legislativo (mejora del derecho nacional: Sarfati, Levy Ullman, Maine, Del Vecchio, Goldschmidt, entre otros); científico (mejor conocimiento del derecho nacional: De Sola Cañizares, Ascarelli, Sarfati); colaboración en la construcción de un derecho mundial (Ofner, Tanaka, Sujiyama); unión de los pueblos (Del Vecchio, Constantinesco); contribución al comercio internacional (Sujiyama), **c.-** Algunos de estos fines alcanzan al derecho interno, y otros se orientan a sus efectos en el orden internacional, y **d.-** Los autores citados no hacen específica referencia a la relación con el derecho penal.

La última conclusión es reveladora de la escasa atención que existe de un lado y de otro, posiblemente explicable por el prejuicio de que el derecho penal es una rama local en la cual, al decir posiblemente de Lambert, no es ni deseable ni necesaria en el derecho comparado. En el caso latinoamericano no se puede olvidar el enorme esfuerzo que significó el Código Penal Tipo

⁵⁴ "... il massimo dei presupposti sembra essere costituito dalla graduale formazione, nell'ambito dei singoli Stati; di forze spirituale favorevoli, di una concezione universale degli ordinamenti giuridici, della convinzione sempre più diffusa della utilità e possibilità della loro unificazione, di una opinio necessitatis, analoga a quella operante con elemento di formazione spontanea delle consuetudini di diritto interno, della coscienza, internazionale insomma della uniformità del diritto...". Conf. Galgano. Op. Cit., pp. 10 a 12.

⁵⁵ Id.

que si bien no fue la resultante de un estudio comparativo, sin embargo, su vocación integracionista coincide con uno de los propósitos y resultados del derecho comparado. Los muy variados fines atribuidos al derecho comparado no son en todo predicables del derecho penal, más aún si la relación se establece, como lo he venido proponiendo a lo largo del presente artículo, respecto a tres órdenes específicos.

3.0.- Como antes dije, el rendimiento del derecho comparado en el derecho penal debe examinarse respecto al derecho penal objetivo, a la ciencia penal y al método jurídico penal. Este examen, atendiendo a las distintas definiciones del derecho comparado, puede llevar a las consideraciones siguientes:

En primer término, que el estudio comparativo de las figuras legales debe aportar algo más que la descripción de sus diferencias y semejanzas, sin menoscabo de la importancia que tal descripción tiene para la profundización de procesos reflexivos y explicativos de la realidad legislativa nacional, y de su relevancia *de lege ferenda*. He allí el mayor aporte o rendimiento del derecho comparado al derecho penal objetivo.

Si bien puede compartirse la tesis de que la comparación debe ser capaz de suministrar una serie de elementos y oportunidades con vocación de transformación del derecho nacional en razón de consideraciones técnicas (en lo legislativo, y en atención de una aplicación más equilibrada, transparente y segura de la ley penal), y no sólo dogmáticas (una comprensión más cónsona con las premisas teórica-conceptuales) y sociales (se entiendan conformando el área político-criminal, como ámbito separado de la dogmática, o integrándose a ella, asunto sobre el cual hay variadas posturas científicas, que no son el caso examinar).

El «rendimiento jurídico objetivo» no es independiente del científico. En la medida en que el legislador sea proveído de fundamentos racionales y razonables de reforma legal, esta última se verá fortalecida. Ahora, ante el «rendimiento científico», puede que existan mayores reservas, sobre todo desde el ángulo de la teoría general, pues se la considera de aplicación universal a partir del principio de legalidad, posición muy arraigada en las versiones más puristas de la dogmática que procuran, a veces no sin cierta

contradicción, disociarse de referentes sociales, éticos o políticos como categorías de construcción teórica, aunque no siempre, al menos de las sociales, como objetos de aplicación.

Considero que el comparatista debe procurar un mayor «rendimiento» a los efectos y significado de su actividad, no librarlos sólo a la capacidad heurística de sus propios intérpretes, que además hallarán una enorme dificultad de síntesis ante la abrumadora magnitud de la información recibida, muy especialmente cuando de la parte especial se trata, para no hablar del potencial tedio causado por análisis reiterativos. Y voy a referirme particularmente al rendimiento posible en cuanto la parte especial.

El mayor rendimiento es posible, aunque no exclusivamente, mediante la determinación -alcanzada por la reducción de la *exterioridad* del tipo-, de una estructura subyacente significativa de una relación social relevante para el Derecho Penal. No se trata, entonces, al modo de la parte general, de la invocación de principios generales y teóricos, dotados de una mayor o menos estructura según el grado de madurez del esquema teórico adoptado, formulados para resolver racionalmente realidades conflictivas, particularmente difíciles, sino, por el contrario, de la revelación de la significación de modos de relación relevantes para el Derecho Penal, representadas en las definiciones típicas según ciertas reglas. Estas definiciones típicas son luego interpretadas y aplicadas según un *test* teórico general, casi siempre dentro del marco de una situación real o tomada por tal.

Desafortunadamente, muchas veces las soluciones dogmáticas se formulan en desmedro de los procesos dinámicos que genera la aplicación de los tipos penales específicos que interrelacionan la norma general con el hecho social cuya conflictividad la norma busca reducir o redefinir según una respuesta justa y razonable⁵⁶.

En principio, pareciera darse por sentado que la dinámica del tipo especial no es susceptible de alterar el esquema teórico general. Pero darlo por

⁵⁶ Ciertamente que muchas de las propuestas de las teorías jurídico-penales, particularmente modernas, se desarrollan a partir de casos concretos (camionero, colza, etc.), y con referencia al tipo aplicable, pero concebido como un marco general abstracto, sin aplicaciones ulteriores a tipos de injusto específicamente considerados.

sentado, no es demostrarlo. La agrupación no puede ser un simple salto cuantitativo, cada vez que el derecho comparado defina desde afuera el Derecho Penal.

El derecho comparado, sin embargo, requiere para alcanzar sus fines una configuración conceptual propia, que coloque en perspectiva aquella que es cónsona a su objeto, el orden jurídico nacional. Esa configuración puede girar alrededor de la categoría de modelo. Así tenemos que la elaboración de modelos como categorías propias del estudio comparativo, con relación a la parte especial del Derecho Penal, se desarrolla a partir de la estructura del tipo (dato normativo), que ha alcanzado una sistematización de amplia aceptación⁵⁷. En la estructura del tipo, tenemos que sus elementos son objeto del análisis interno por las “dogmáticas nacionales”; pero el “externo” lleva al concepto de relación, que resulta del reagrupamiento de sus componentes según su sentido, más favorable, a mi juicio, para un examen comparatista, pues reduce la amplitud de elementos constitutivos de las figuras.

La transformación fáctica imputable es desde la perspectiva del Derecho Penal liberal, la condición ontológica-normativa necesaria de la constitución del hecho punible. Ahora bien, su aprehensión externa puede alcanzarse a través del concepto superior de relación como categoría constitutiva de modelos que abarque la correspondencia entre los sujetos entre los cuales el comportamiento se despliega. Entonces, los elementos del tipo se estructuran según la categoría superior de relación que vincula en primer término a los sujetos activo y pasivo alrededor de un determinado sentido que puede operar como agrupante definidor del hecho regulado por el tipo, que es concepto definidor y valorador del hecho considerado como punible, estructurado a su vez sobre relaciones jurídicamente desvaliosas para el orden social.

De este modo, el derecho comparado no se limita a una labor estrictamente descriptiva⁵⁸ de los distintos órdenes nacionales, sino también explicativa,

⁵⁷ Lo que no quiere decir que no existan ciertas divergencias, pero ello es propio del saber. Una absoluta aceptación de todos los elementos y su significación, no demuestra sino la mortal condición de un área del saber.

⁵⁸ Se supera el límite descriptivo de la ciencia penal especial, como rasgo predominante, que, lógicamente, no es exclusivo ni fatal.

sin descontar la analítica-comparativa que le es propia. Hay que agregar que la *relación* revela una realidad dinámica, no sólo en términos de evolución histórica o discursiva, particularmente asociada a los cambios y reformas de las legislaciones nacionales, como también a los procesos interpretativos que provoquen en lo interno de cada régimen jurídico.

Si bien la dogmática, o un sector al menos, puede relacionar sus conceptos claves, como la acción por ejemplo, con un contexto histórico-social, o reclame un contenido social u objetivo, tales como adecuación social o estructuras lógico-objetivas, carece de la *relación* como concepto generador del sistema, por lo cual queda privada de la “plasticidad” propia de este enfoque relacional, más incluyente que las categorías propias de la dogmática “nacional”.

La *relación* en cuanto categoría comprensiva de las definiciones típicas del comportamiento permite, además, como ya se dijo, la incorporación de elementos culturales y ético-políticos de valoración distintivos de la relación, sin peligro de confusión entre los niveles jurídico-normativos y los ético-preceptivos o políticos, cuya sola sospecha “infección”, según ciertas corrientes puristas, afectar la cientificidad del desarrollo jurídico que no los reniegue.

Por último, hay que añadir que se trata de un enfoque jurídico porque el objeto es un hecho jurídico (derecho nacional); y ético-político en tanto su objetivo, es decir, en cuanto la finalidad del estudio, planos que se superponen en el proceso hermenéutico del derecho comparado⁵⁹. Restan ahora, algunas consideraciones sobre el rendimiento metodológico del derecho comparado respecto al derecho penal. Para ello, previamente hay que detenerse con algunas especificaciones conceptuales.

4.- El método comparativo y el derecho penal.

4.0.- Reducir el derecho comparado a elemental proceso analítico de distintos órdenes jurídicos que determine analogías y diferencias entre ellos, amén de

⁵⁹ El propósito ético-político puede que se considere ajeno al “tratamiento” jurídico de una determinada realidad normativa; sin embargo, en la medida en que el estudio jurídico propicie explicaciones debe atender a niveles de realidad cada vez menos jurídicos, pero vinculados a lo jurídico, con lo cual se preserva la identidad jurídica del estudio. En síntesis, un estudio es jurídico básicamente por el equilibrio entre su objeto-cosa y su objeto-objetivo.

tautológico, es inocuo, pues poco o nada aporta al contenido semántico de los objetos comparados y, por tanto, no aporta información adicional, susceptible de ser transformada en conocimiento, médula de la actividad científica. Distinto es el caso de si es susceptible de contribuir a la elaboración de nuevas construcciones intelectuales que favorezcan el mejor conocimiento de la realidad nacional y fomenten elaboraciones posteriores constitutivas de nuevas realidades.

4.1.- Ante todo, hay que tener en cuenta que el método, abstractamente considerado, guarda relación⁶⁰ con el objeto en cuanto cosa, pero también en cuanto objetivo. Es decir, en cuanto propósito. La relación del objeto-cosa con el objeto-objetivo es lo que da razón del método. La reducción del derecho comparado a método es prácticamente tautológica. Equipara el concepto a la actividad epistemológica que lo caracteriza. Por tanto, no se está ante un proceso de adaptación del objeto-cosa al método, ni tampoco respecto al objeto-objetivo.

Distinto es el asunto en materia de derecho penal donde ni hay una unificación método-cosa, ni tampoco abunda en preocupaciones metodológicas. Si bien es cierto que buena parte de la dogmática contemporánea se ha elaborado con la finalidad de hallar respuesta justa y racional a problemas «prácticos» de la jurisprudencia, lo que puede inducir a pensar que los principios y enfoques doctrinarios son el método de la ciencia para alcanzar sus objetivos. Sin embargo, la confusión teoría-método es inaceptable en un enfoque científico preciso.

En derecho penal, no se cuenta en puridad con una sistematización metodológica desarrollada como ocurre en las ciencias sociales que han alcanzado cotas de considerable complejidad e, incluso, refinamiento. A esta aproximación inicial hay que sumar algunas diferencias de objeto, objetivo, método y su desarrollo entre las llamadas partes general y especial.

⁶⁰ La definición de qué tipo de relación, concepto *per se* amplio y vago, no es materia del presente artículo; empero, no puede perderse de vista que el método, a fin de aprehender su objeto, se adecua a su estructura, morfología y función. En pocas palabras, permite definir y sistematizar, y posteriormente someter el objeto a procesos de aplicación. Son actividades distintas que pueda que requieran esquemas, reglas y pautas metodológicas también distintos.

4.2.- Indudablemente, el desarrollo teórico-conceptual de la parte general supera con creces al de la parte especial, fenómeno que no sólo se puede explicar con base en una diferente madurez metodológica, sino también por factores propios de la sociología de la ciencia, la complejidad de cada rama y el propósito explicativo característico del saber científico, que se articula más cómodamente a partir de normas generales que de normas especiales. Las primeras pueden ser sometidas a un proceso deductivo, en tanto que las segundas han de ser sometidas a un doble proceso inferencial, pues ellas en sí mismas se entiende que surgen de una reflexión inductiva precedente a cargo del legislador, y luego se procesan por el intérprete en unas subsiguientes deducciones.

El intérprete de la parte general procede comúnmente mediante la deducción de principios generales que supone subyacentes a las normas que generan las distintas disposiciones legales que conforman la parte general del código penal. Estos principios, a su vez, los entiende estructurados en unas determinadas premisas de pretendida validez universal cuyo alcance específico varía respecto al entorno físico o social del delito, e igualmente varía respecto a la sistematización de las categorías del hecho punible. Así, la parte general no es sometida a una descripción limitada a ciertos componentes de la norma, sino que por el contrario, se explica en función de unos determinados elementos teóricos que a juicio de cada autor, escuela o tendencia fundamentan y explican las disposiciones que la conforman, determinan su interpretación y dan sentido a su aplicación a hechos reales, muchos de ellos objeto de pronunciamientos judiciales. De esta manera, la teoría del hecho punible hace predecible la solución del «caso».

4.3.- En cambio, el método empleado en el estudio de la parte especial es, en la mayoría de los casos, estrictamente analítico. Busca dar significado a los distintos componentes de la figura ordenada según categorías, dicho sea con independencia de lo que por significado se entienda. Sin embargo, no hay que dejar a lado propósitos extratípicos que en muchas ocasiones animan los estudios de la parte especial, tales como sistematización de figuras y determinación del bien jurídico⁶¹.

⁶¹ Bajo el entendido de que el bien jurídico no sea elemento del tipo, premisa no del todo compartida por la doctrina.

Por otra parte, en la parte especial, dado el vasto contenido del objeto, es imprescindible su agrupación en determinadas categorías, en aras de la reducción de la complejidad, por lo cual el método se aplica mediante una actividad analítica repetitiva.

El rendimiento del derecho comparado en el ámbito metodológico es particularmente relevante en la llamada parte especial, conforme las propuestas del presente artículo, por lo cual me referiré en lo sucesivo a esta parte. Lo relativo a la parte general queda momentáneamente, en suspenso.

4.4.- La complejidad de la parte especial crece de monta cuando se enfoca según el derecho comparado, pues las categorías propias del derecho nacional no sólo incrementan el contenido de su referente, lo que por sí solo dificulta la comparación, pues se requiere el establecimiento previo de analogías que aplanen las diferencias en función de una mínima homogeneidad necesaria para fundar la comparación. Este primer «inconveniente» es con todo, subsanable, pero hay otro que es ínsito al método mismo. Tiene que ver con la multiplicidad de categorías, con independencia de su contenido.

Es importante desarrollar, primero, el concepto de estructura de los tipos, a fin de elaborar modelos que minimicen, en razón de un estudio «universal», el vasto número de las categorías canónicas⁶² de la parte especial. Como se ve, el aporte metodológico se confunde con el dogmático, pues se traduce en una propuesta, resultante de un proceso de reducción comparativa, que deriva, en un primer momento, en unas categorías más amplias como objeto de análisis.

5.- En conclusión, el rendimiento del derecho comparado en el ámbito jurídico penal viene dado, en primer término, con las opciones de *lege ferenda* que permite la **información** suministrada al legislador; empero, este aporte puede ser mucho más relevante en cuanto el derecho comparado supere el nivel descriptivo para pasar al **nivel explicativo**, es decir, asuma un rol analítico que pueda alcanzar a su vez, logros científicos, en la medida en que se sustente sobre teorías, principios y valores, así como de un método específico.

⁶² Sujeto activo, sujeto pasivo, acción, referencia de modo, etc. No está demás decir que en más de una ocasión, el significado y contenido de estas categorías varían de autor a autor, lo que complica aún más la claridad del análisis, sin marginar la cercanía significativa, cuando no opacidad, que existen entre algunas de dichas categorías.

Por último, el aporte **metodológico** está en función de la previa definición de su objeto (modelos de derechos nacionales), finalidad (explicación de hechos punibles según la valoración de las relaciones tipificadas o propuestas político-criminales, según la posición que se adopte). Por supuesto, el desarrollo metodológico según su finalidad y según la teoría del objeto, se interrelacionan, según sea la perspectiva que se adopte, aunque claro el derecho comparado de por sí no es clave de ninguna opción excluyente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ascarelli, T. (1955). *Diritto Comparato e Teoria dell' Interpretazione*. Revue Internationale de Droit Comparé, 1950, 2 Année. Jornadas de Derecho Comparado. Septiembre-octubre 1954. Publicaciones del Centro de Estudios de Derecho Comparado, Montevideo.
- Contantinesco, L. (1981). *Tratado de Derecho Comparado. Vol. I, Introducción al Derecho Comparado*. Traducción de Eduardo Freitas da Costa de la edición francesa de 1972. Tecnos, Madrid.
- David, R. (1961). *Existe-t-il un droit occidental? XXth Century Comparative and Conflicts Law*. Legal Essays in honor of Heseel Yntema, A.W, Sythoff-Leyden, Netherlands.
- _____ (1950). *Le droit comparé. Enseignement de cultura generale*. Revue Internationale de Droit Comparé, 1950, 2 année.
- De la Rúa, J. (1979). *La importancia del derecho comparado para la unificación legislativa en materia de derecho penal*. Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho; Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas; Asociación Universitaria de Derecho Comparado, Maracaibo.
- _____ (1982). *La codificación penal latinoamericana*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas.
- De Sola, F. (1954). *Iniciación al Derecho Comparado*. Instituto de Derecho Comparado. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona: España.
- Del Vecchio, G. (1962). *Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto*. En: *Problèmes contemporains de Droit Comparé, Institut Japonais de Droit, Université Chuo*. Tokio, 1962, VI.
- _____ (1953). *La unidad del espíritu humano como base para el estudio*

- comparativo del Derecho*. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones. Versión española de Eustoquio Galán y Gutiérrez. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, noviembre, 1953, Madrid.
- Elola, J. (1960). En torno a la unificación jurídica en América Latina. Sobretiro del Instituto de Derecho Comparado, año XIII, N° 39, septiembre-diciembre.
- Galgano, S. (1953). *Funzione giuriche del diritto comparato*. Atti del Primo Convegno Nazionale di Studi Giuridico-Comparativi. Edizione del Instituto Italiano si Studi Legislativi, Roma.
- Goldschmidt, R. (1943). *Los estudios de Derecho y el derecho de economía*. Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943 (Del Boletín de la Facultad de Derecho, año VII, N° 3-4).
- _____ (1979). *Los estudios de Derecho y el derecho de economía*. En: Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado. Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Universitaria de Derecho Comparado, Maracaibo.
- Gutteridge, H. (1954). *El derecho comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y el estudio del derecho*. Traducción de Enrique Jardí. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Centro de estudios económicos, jurídicos y sociales. Instituto de Derecho Comparado, Serie A, Estudios de Derecho Comparado, N° 1, Barcelona: España.
- Lombardi, G. (1987). *Introducción al Derecho Público Comparado*. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Luzón, D. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas, Madrid.
- Maekelt, T. (1975). *Reflexiones sobre derecho comparado*. En: Libro Homenaje a Joaquín Sánchez Covisa, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas.
- Sarfati, M. (1945). Introducción al estudio del derecho comparado. Traducción del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Imprenta Universitaria, Serie de Monografías, N° 2. México.
- Sujiyama, N. (1941). *Ensayo de una concepción sintética del Derecho Comparado*. Traducción de Joaquín Rodríguez Rodríguez. En: Concepto y Métodos de Derecho Comparado. Obra colectiva. Compañía General Editora S.A., México, D.F.
- Umaña, E. (1989). *El Derecho (Poder, dominación, control social)*. Corporación Colectivo de Abogados, Bogotá.