

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCION**  
**ESCUELA DE DERECHO**  
**CHILE**

*Quintiliano Monsalve Jara*  
**ABOGADO**

**REVISTA**  
**DE**  
**DERECHO**

**SEGUNDA EPOCA**

**AÑO XXXIX — Nº 155 — ENERO - ABRIL DE 1971**

**Director**  
**JUAN ARELLANO ALARCON**

**Sub-Director (interino)**  
**RENATO GUZMAN SERANI**

# **Los Principios y Métodos del Derecho Penal Comparado**

**Jacques-Bernard Herzog (a)**

## **I**

No obstante que los estudios de Derecho Comparado tienen cada vez mayor interés en las ciencias jurídicas, el Derecho Penal Comparado ha quedado al margen de este tipo de investigaciones durante largo tiempo.

Varias son las causas de este fenómeno, la principal de las cuales parece obedecer a la circunstancia de que las concepciones universalistas de los primeros comparatistas indujeron a relegar los trabajos de Derecho Penal Comparado a un plano secundario, en la medida que, si bien deseable, estimaron imposible su uniformación.

Si la función del Derecho Comparado consiste en revelar los principios comunes a todos los sistemas de derecho contemporáneo con el objeto de asegurar una confrontación sistemática (1), ¿a qué em-

---

(a) Traducción y Notas de Renato Guzmán Serani, del Departamento de Derecho Penal.

(1) V. Marc Ancel: "La doctrina universalista en la obra de Lévy-Ullmann en "La obra jurídica de Lévy-Ullmann" (Trabajos e investigaciones del Instituto de Derecho Comparado

peñarse en la comparación de las instituciones penales, que están condicionadas por elementos políticos y sociales variables de un país a otro, cuyo desarrollo histórico no ha sido igual en todos ellos, y en los cuales no existe ninguna afinidad, tanto en lo que a determinación de los hechos punibles se refiere, cuanto a las medidas empleadas para reprimirlos?

La prevención con que los comparatistas han mirado los estudios de derecho criminal es todavía tan evidente que, en nuestros días, Gutteridge se ha sentido en la obligación de expresar que la aplicación del método comparativo al Derecho Penal requiere una justificación (2).

Esta justificación no ha sido seriamente considerada. La importancia de los estudios comparativos en materia de Derecho Penal es reconocida por la doctrina criminalista de todos los países.

No es necesario entrar en el debate relativo a la función del Derecho Comparado para advertir la trascendencia del Derecho Penal Comparado. Que se considere aquél como una técnica dependiente o como una ciencia autónoma, que se asigne al método comparativo una función descriptora de los derechos extranjeros o una función analítica y compleja de los fenómenos jurídicos, es irrelevante para concluir que la comparación, obviamente, puede producir importantes beneficios en el campo del Derecho Penal y del Procedimiento Penal.

Y no solamente porque el éxito o el fracaso de una determinada política criminal tiene interés para quienes han realizado el experimento, sino porque la búsqueda de los principios comunes o las diferencias expresadas en los textos positivos conduce a la obtención de las mejores soluciones. Estos fines son, por otra

parte, mucho más significativos que las preocupaciones utilitarias que provoca la curiosidad científica de ciertos criminalistas.

Llama la atención que la posición universalista de Saleilles le haya permitido escribir su clásica obra sobre "La individualización de la pena" que, en cierto modo, es considerada como una de las primeras aplicaciones del método comparativo al estudio de la ciencia criminal. Es igualmente útil hacer notar que desde la fundación de la Unión Internacional de Derecho Penal, a la que Von Liszt, uno de sus más entusiastas colaboradores, consagró al Derecho Comparado parte importante de su creación científica (3), los organismos internacionales han demostrado una actividad cada vez mayor al respecto. Actualmente, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Defensa Social y la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, promueven estudios de Derecho Comparado a través de publicaciones y congresos. Esta tendencia ha sido consolidada por los trabajos que se realizan bajo la dirección de la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas, tanto en los congresos internacionales como en las reuniones de expertos gubernamentales y privados que continuamente convoca. No es exagerado decir que, por uno de esos vuelcos en la concepción de las ideas, tan característicos en la historia, es en el campo del Derecho Penal y del Derecho Penitenciario donde los estudios comparativos llevan la delantera.

Pero el Derecho Penal Comparado ha logrado desarrollarse sólo gracias a una adaptación de la técnica comparativa a sus peculiares fundamentos: obedece a sus propios principios y sigue sus propios métodos. Es interesante dilucidar tales principios y métodos.

Esta tarea fue intentada en el Coloquio organizado en París, en el mes de febrero de 1949, con ocasión del 80º aniversario de la Sociedad de Legislación

(2) V. Gutteridge: "El derecho comparado, introducción al método comparativo en la investigación jurídica y el estudio del derecho", París, 1953, página 51. Nota: Existe en nuestra Biblioteca una edición en castellano a cargo del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, dirigido por el ex-Vice Decano de la Facultad internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, señor F. de Solá C. — N. del T.

(3) V. especialmente la obra publicada bajo su dirección: "Die Strafesetzgebung der Gegenwart", Leipzig, 1894-1899.

Comparada. El sustancial informe de Marc Ancel sobre los métodos del Derecho Penal Comparado es rico en sugerencias (4). Sostiene y propugna que sería útil coordinar los procedimientos más adecuados a fin de obtener una concepción realista del Derecho Penal Comparado, única forma de abocarse a su estudio teórico y a su aplicación práctica.

## II

Se ha criticado a los comparatistas la falta de lógica de un método que les lleva a veces a hacer comparaciones antes de conocer los elementos de la misma. Esta circunstancia lleva a ciertos autores a sostener que la investigación comparativa prácticamente se agota con el estudio de los derechos extranjeros, y exigir, consecuentemente, que la enseñanza del Derecho Comparado se limite en tal perspectiva (5).

Sin entrar en la polémica que plantea la cuestión de la naturaleza y función del Derecho Comparado, es importante detenerse en un punto que ocasiona problemas previos al comparatista: el que se refiere a la reunión de los elementos de comparación. Basta aclarar este primer aspecto del método comparativo para comprender que el Derecho Penal Comparado presenta rasgos característicos, que señalan los elementos de su autonomía.

El estudio de los elementos de comparación puede ser facilitado por la clásica distinción entre "lo dado y lo construido" (a).

Por una parte está el principio sociológico, y por otra la técnica jurídica que

(4) V. "El método del derecho comparado en materia penal", esta Revista, año 1949, p. 511.

(5) V. René David: "Tratado elemental de derecho civil comparado", 1950, p. 37; y "El método de derecho comparado en materia de derecho privado", esta Revista, año 1949, p. 487.

(a) Sobre la noción de "lo dado y lo construido", v. F. Gény "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo", 1925, en nuestra Biblioteca. — N. del T.

comprende, a su vez, el derecho positivo (de lege data) y las tendencias legislativas (de lege ferenda). No puede comprenderse la técnica sin conocerse la ciencia. Esta es, quizás, la primera característica del método comparativo en Derecho Penal.

El estudio comparativo de la ley civil difícilmente puede ser limitado por la técnica jurídica. Trabajosamente podrá comprenderse el mecanismo de las instituciones de Derecho Privado sin conocer el medio en que se desenvuelven. Pero esta dificultad se convierte en imposibilidad en cuanto a instituciones coercitivas y políticas se refiere. Así, el civilista que estudia derecho hipotecario puede entrever perfectamente la función jurídica de la hipoteca, sin preocuparse de los principios relativos al derecho de propiedad; el criminalista, en cambio, no puede estudiar el delito de estafa sin averiguar en qué medida el legislador ha querido sancionar con él un atentado a la propiedad ajena o el dolo en la convención.

## III

El primer elemento dado es la mentalidad nacional, el temperamento de los países considerados. Evidentemente, este factor corresponde más al Derecho Público que al Derecho Penal, pero no puede omitirse. La sola oposición entre los caracteres nacionales explica las divergencias de las legislaciones.

No obstante que esta afirmación es más exacta en materia de Procedimiento Penal, es igualmente válida desde el punto de vista del Derecho Penal propiamente dicho. Hay que tener presente que es la reacción de la conciencia colectiva ante el crimen la que señala, según las legislaciones, la permanencia o desaparición de ciertos delitos.

No puede explicarse, verbi-gracia, que en el siglo XIX la homosexualidad haya desaparecido como delito en ciertos países y se haya mantenido en otros, si se olvida la circunstancia de que estos últimos son pueblos profundamente religiosos en

que se advierte una marcada tendencia a asimilar pecado y delito (6). Los sentimientos religiosos, actuando por convicción o por reacción, ejercen notable influencia en el desarrollo del Derecho Penal. De igual modo, es la permanencia o atenuación de las creencias religiosas la que explica, en ciertos casos, la mantención o abandono de la represión de la blasfemia (7).

Junto con el carácter nacional es menester considerar los principios filosóficos y morales. Desde luego, son los principios generales de la conciencia social los que condicionan la instintiva reacción de los miembros de la colectividad contra el atentado de que ha sido objeto. Pero para comprender perfectamente la evolución legislativa, hay que considerar primordialmente los principios particulares relativos a la responsabilidad y a la función de la pena.

La filosofía del Derecho Penal es inseparable de la técnica jurídica, y no se puede, por ejemplo, estudiar el derecho de las penas sin determinar los fines de las instituciones penitenciarias; es decir, si persiguen la eliminación, intimidación o enmienda de los delincuentes, o proceden con una concepción retributiva o no de la sanción penal. Igualmente, las modificaciones que experimenta la ejecución práctica de ciertas penas no pueden ser cabalmente concebidas sin conocer la evolución conceptual que han sufrido. No basta al comparatista identificar un fenómeno; es necesario que lo explique.

Las fórmulas jurídicas son, en este ámbito más que en otro, traducciones

legislativas o jurisprudenciales de las concepciones filosóficas. El comparatista debe considerar que las etapas del Derecho Penal corresponden a etapas del pensamiento, y que toda disposición legal encuentra su fundamento en un juicio de valor dado sobre los hechos a que ella se refiere. Así, el movimiento legislativo que persigue la represión de la delincuencia habitual, que se ha producido casi simultáneamente en la mayor parte de los sistemas jurídicos, es incomprensible si no se demuestra la traslación que ha operado, a través del mismo, de la responsabilidad moral a la responsabilidad social (8).

La doctrina científica constituye una tercera fuente de información que el comparatista no puede omitir. Los antecedentes que proporcionan las ciencias del hombre, la criminología —para emplear un término que ha dejado de asustar a los juristas—, son muy decisivos. Su importancia es doble (9).

Ante todo, abre nuevos horizontes al Derecho Penal y a sus aplicaciones prácticas. La aplicación de la ley penal por los tribunales implica una técnica que no es puramente jurídica y donde la psicología experimental desempeña relevante papel. En este aspecto, el comparatista debe considerar las experiencias y observaciones realizadas en los diversos países. Es efectivo, verbi-gracia, que el desarrollo, o, mejor dicho, el perfeccionamiento de la legislación aplicable a los menores delincuentes —que es una de las tendencias legislativas que se impone a la reflexión comparatista—, no puede estar disociado de los progresos alcanzados por la psico-

(6) V. Cuello Calón: "Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1954, página 498; y nuestra nota en la Revista Internacional de Derecho Penal, 1955, página 258.

(7) V. Cuello Calón: "Derecho Penal", Barcelona, 1948, tomo 2º, página 86, nota 4, que distingue, en este aspecto, cuatro grupos de legislaciones: 1. las que organizan una protección especial de la religión por el Estado; 2. las que tienden a asegurar la libertad de conciencia por una protección general de todos los cultos reconocidos; 3. las que tienen carácter antirreligioso; y 4. legislaciones indiferentes a estos problemas.

(8) V. nuestros estudios: "De la reincidencia a la delincuencia habitual", Revista Internacional de Derecho Penal, 1953, página 579 y "El delincuente habitual en Derecho Comparado" en Delitto e Personalità, 1955, página 373. Además Marc Ancel: "La reincidencia en Derecho Comparado", Revista Internacional de Derecho Penal, 1954, página 687; y Norval Morris: "El delincuente habitual", Londres, 1951.

(9) V. Gorphe, intervención en el Coloquio de la Sociedad de Legislación Comparada, esta Revista, 1949, páginas 525 y siguientes.



logía y psiquiatría general e infantil (10):

En seguida, las ciencias criminológicas ayudan a interpretar los textos legales, y facilitan de este modo la comparación. Por de pronto, hay que tener presente que no es el Derecho Penal sino las ciencias aplicadas las que permiten explicar algunas definiciones legales. Así, la fórmula del artículo 64 del Código Penal francés, según el cual no hay crimen ni delito cuando el inculcado se encuentra en estado de demencia al momento del acto, debe entenderse en función de cierta y determinada concepción de la psiquiatría, diversa de aquella que se encuentra en otros textos legales de acuerdo a los cuales, para atenuar o eliminar la pena, se atiende a la circunstancia de que el reo sufra una incapacidad mental, total o parcial, que le impida, en el momento de los hechos, discernir sobre el carácter delictivo de su conducta. Es evidente que no pueden compararse ambas situaciones sin un previo confronto de las diversas concepciones de que emanan. Es la psiquiatría la que suministra, en este caso, los elementos de comparación. Así como es la antropología la que señala qué debe entenderse por delincuente por tendencia en el derecho italiano, son la psiquiatría y la psicología las que cooperan para determinar el contenido exacto del trastorno mental pasajero o la emoción violenta en que se basan ciertas legislaciones.

Finalmente, las condiciones políticas y sociales constituyen otro elemento dado que es necesario considerar.

El sistema político influye tanto en la ordenación del Derecho Penal como en la concepción de la política criminal. El comparatista no puede dejar de advertir, en este aspecto, que el movimiento a favor de la individualización de la pena ha sido obra de los gobiernos liberales, y que la reacción autoritaria se ha traducido en el plano penal a favor de una limitación de esa individualización. Este fenó-

(10) V. Jean Chazal: "Estudios de criminología juvenil", París, 1952, y "La infancia delincuente", París, Colección "¿Qué sé yo?" Nº 563; K. Friedlander: "La delincuencia juvenil", París, v los Trabajos del 2º Congreso de Criminología, París, Prensas Universitarias, Nº 2º.

meno es evidente en la historia del derecho francés.

Es menester referirse no sólo a la vacilante evolución de ciertas penas, como la "prohibición de residencia" (11) (a), sino también a las tendencias restrictivas advertidas entre 1935 y 1951 respecto del "droit du sursis" (b) y de las circunstancias atenuantes (12). La búsqueda de un equilibrio entre los deberes de la acusación y los derechos de la defensa, que caracterizan la evolución del Procedimiento Penal, demuestra también la presión que los principios políticos ejercen sobre las construcciones jurídicas. En ciertos períodos de la evolución de un sistema jurídico, la razón de ser de algunas sanciones no tiene más justificación que eventuales exigencias políticas. Estas situaciones implican profundo trabajo al comparatista.

Es igualmente importante tomar conciencia de las transformaciones que el progreso social impone al Derecho Penal. Es indiscutible que el Derecho Penal tiende cada vez más a proteger el conjunto de las actividades sociales que a los miembros, individualmente considerados, de la colectividad.

El Derecho Penal contemporáneo, junto a sus tradicionales funciones, está llamado a asegurar la protección de la familia, el control del trabajo, la dirección de la economía y la mantención de la moral

(11) V. Levasseur: "Una medida que toma su verdadero camino: la prohibición de residencia", en Revista de Ciencia Criminal y de Derecho Penal Comparado, 1956, página 1, y nuestro estudio "La reforma de la pena de destierro en Francia", en Cuadernos de Derecho Francés, 1955, página 4.

a) Pena generalmente accesoria consistente en prohibir al condenado después de su liberación, que resida en determinadas localidades. N. del T.

b) Concesión al condenado por primera vez, que consiste en la suspensión de la ejecución de la pena mientras no reincida en un nuevo delito. En sentido general, significa aplazamiento. N. del T.

(12) V. Bouzat: "Tratado teórico y práctico de Derecho Penal", 1951, página 508; Patin: "Del aplazamiento y las circunstancias atenuantes", Revista de Ciencia Criminal y Derecho Penal Comparado, 1947, página 341.

social. Muchos derechos represivos se diversifican y adquieren autonomía en relación al Derecho Penal tradicional. El comparatista no puede estudiar estos derechos sin referirse a las causas que los han motivado. Este método le permitirá descubrir la significación de la evolución, y le demostrará, especialmente, la diferencia entre las tendencias permanentes y los movimientos ocasionales. Tampoco podrá olvidar que el fin político y social asigna a una determinada institución su verdadera naturaleza y su eficacia real. El comparatista que no estudie los sistemas de derecho extranjero en función de los factores políticos y sociales que los definen puede incurrir en graves errores. Para convencerse de este aserto, baste recordar la deformación que ha sufrido en la legislación de algunos países la noción del estado peligroso (13). Es obvio que no puede comprenderse una legislación penal, y con mayor razón estudiarla en un plano comparativo, sin tomar en cuenta el ambiente político y social en el que se desarrolla.

#### IV

Si de lo dado se pasa a lo construido, surge inmediatamente el problema relativo a las fuentes positivas del Derecho Penal.

Es indiscutible que en materia penal la ley escrita desempeña un rol particular, muy diferente de aquel que es propio del Derecho Privado, en razón de que la máxima "nulla poena sine lege" constituye el fundamento de casi todos los sistemas represivos vigentes. Esto es tan efectivo que, salvo ciertas excepciones, en la evolución general de las legislaciones penales puede advertirse una tendencia favorable a la extensión del principio de la legalidad de los delitos y las penas. En Inglaterra, por ejemplo, son cada vez más numerosas las leyes controladas, y es un hecho que casi todo el Derecho Penal está hoy

(13) V. especialmente nuestro trabajo sobre *leves de Vagos y Maleantes*, en *Revista de Ciencia Criminal y de Derecho Penal Comparado*, 1953, página 354, 1953, página 711; y 1955, página 598.

día cubierto por leyes escritas. La jurisprudencia inglesa admite que tales leyes sean sometidas a una interpretación restrictiva. De esta manera, puede concluirse que en el sistema inglés coexisten un derecho escrito, de interpretación restrictiva, junto al derecho consuetudinario de la common law que puede, en principio, ser objeto de una interpretación extensiva.

El comparatista tendrá interés en recordar cuándo se planteará la cuestión de saber si puede existir afinidad de derechos entre países sometidos a la regla "nulla poena sine lege" y aquellos que no la siguen (14).

Desde otro punto de vista, el comparatista advertirá que la ley escrita mantiene su imperio sobre instituciones que aparentemente están separadas. Es especialmente el caso de las calificaciones legales del estado peligroso sin delito. Para instituir las medidas de seguridad predelictuales, no se tiene tanto en cuenta el principio de legalidad como la necesidad de proveer a la justicia de conceptos legales previos a las situaciones peligrosas que con ellas se atacan (15).

Es útil tener presente que la ley escrita constituye necesariamente la primera fuente de formación del Derecho Penal, y que es dable sostener que cuando se desea estudiar un derecho represivo extranjero basta, en cierta medida, el análisis de su legislación (16).

Esta conclusión, sin embargo, debe aceptarse con beneficio de inventario.

Es indispensable señalar, ante todo, que el comparatista debe considerar la ley extranjera tanto en su espíritu como en su letra, y que sólo así podrá llegar a una interpretación correcta. Al respecto,

(14) V. Intervención de Hamson en el Coloquio de la Sociedad de Legislación comparada, en esta Revista, 1949, página 519; V. Glanville Williams: "Ley Criminal", Londres, 1952.

(15) V. Marc Ancel: "La defensa social nueva", esta Revista, 1949, página 513.

(16) V. Marc Ancel: "El método de Derecho Comparado en materia de Derecho Penal", obra citada, 1949, página 513.

hay un ejemplo típico: el problema de la complicidad y la tentativa, sobre el cual Marc Ancel ha llamado oportunamente la atención (17).

Los artículos 59 y 60 del Código Penal francés asimilan el cómplice al autor principal del hecho punible, de la misma manera que el artículo 2º equipara el delito tentado al delito consumado. Esta igualdad caracteriza el derecho francés de la complicidad y la tentativa, y determina, por relación, los sistemas extranjeros. Pero ocurre que, en el hecho, el mecanismo de las circunstancias atenuantes permite al juez francés individualizar libremente la pena, por manera que, en realidad, el cómplice y el autor de un delito tentado casi nunca serán castigados como autor principal o autor de un delito consumado. El texto legal es una pantalla tras la cual es necesario buscar la realidad de su aplicación judicial y penitenciaria si se quiere conocer exactamente el sistema jurídico.

Otro ejemplo se encuentra en el derecho de las penas. Hay numerosas legislaciones que han desterrado de su sistema represivo las penas privativas de libertad perpetuas. Una disposición legal limita la duración máxima de estas penas. Pero, al mismo tiempo, algunos de estos países rechazan la teoría de la no acumulación de las penas, de modo que no es raro que ciertos condenados sufran privaciones de libertad que exceden el máximo legal.

De una manera general, además, todas las disposiciones legales relativas a las penalidades deben entenderse en función de las repercusiones de ciertas instituciones sobre la ejecución de las penas: libertad condicional, gracia, amnistía. La comprobación revela que si, por una parte, la limitación de las penas es ilusoria por la no acumulación, por otra, es un principio siempre sujeto a una constante derogación por decisión de la política represiva. En son de chanza se ha dicho que en Francia

las penas perpetuas generalmente no duran más de 20 años (18).

Los ejemplos precedentes sugieren una segunda observación. Es necesario no engañarse sobre el verdadero alcance del principio "nulla poena sine lege", y es imperioso que el comparatista estudie el rol que juegan la costumbre y la jurisprudencia en materia criminal.

Se ha dicho que si la regla de interpretación restrictiva se impone en lo que concierne a la creación de las infracciones y a la determinación de las penas, el razonamiento analógico es válido para fijar las circunstancias justificantes y las excusas absolutorias o atenuantes.

Estas afirmaciones llevan de inmediato al tema de la libertad. Los principios generales del derecho y la equidad recorran, en este aspecto, su imperio, y pueden señalarse casos en que los tribunales, ante el silencio de una legislación dada, hayan admitido reglas tales como la del estado de necesidad, que es una noción común al derecho de los países civilizados (19).

Pero hay más: la jurisprudencia y la práctica judicial tienden a la creación de costumbres que el comparatista no puede ignorar, so pena de desconocer la realidad. Dos ejemplos, de entre muchos, son significativos.

En Argentina, donde el adulterio está sancionado como delito, las querellas criminales son admisibles sólo una vez que ha sido decretada la separación de cuerpos por causa de adulterio. Como, normalmente, el procedimiento civil excede el plazo de la prescripción penal, prácticamente no puede haber condenación por el delito de adulterio (20). En Francia, el

(18) Otro ejemplo es el de la pena de muerte. El comparatista corre el grave riesgo de cometer errores si no tiene en cuenta que en ciertos países, como en Bélgica, no obstante que legalmente se mantiene la pena de muerte, de hecho ha sido abolida.

(19) V. Marc Ancel: "El método del Derecho Comparado en materia de Derecho Penal", obra citada, página 516.

(20) V. Molinero, intervención en el Coloquio de la Sociedad de Legislación Comparada, en esta Revista, 1949, página 519.

(17) V. Marc Ancel; obra citada, páginas 515-516.



artículo 402 del Código Penal señala penas para la bancarrota, definida en los artículos 584 y siguientes del Código de Comercio. Según este último cuerpo legal, es considerado quebrado el comerciante fallido que se encuentra en alguno de los casos previstos por la ley. Pero los tribunales del crimen han aplicado al delito de bancarrota la teoría de la falencia virtual, y adoptaron el criterio de condenar a un comerciante en bancarrota antes que en juicio se le haya declarado en estado de quiebra. Y van más lejos aún al dictar las penas correspondientes a la bancarrota con prescindencia de la decisión del tribunal de comercio; es decir, tanto si la jurisdicción consular deniega o declara la quiebra como si acepta o confirma un convenio (21). El comparatista que se limite a estudiar la bancarrota en el Derecho Penal francés a la sola luz de los textos legales puede engañarse respecto de su exacta dimensión.

La costumbre puede revestir, en lo que a Derecho Penal se refiere, otra forma. Puede provocar, más que desuso, una no aplicación de la ley penal. No hay que olvidar que los movimientos legislativos contemporáneos proceden, en materia criminal, con concepciones doctrinales frecuentemente desligadas de la realidad. Hay leyes criminales de inspiración dogmática, del mismo modo que ha habido una corriente constitucional de formación ideológica. De otra parte, las innovaciones legislativas implican a menudo, en el campo penal, trámites administrativos necesarios para su aprobación. Si es útil al comparatista conocer el movimiento legislativo a favor de un determinado tratamiento penal, lo es más que se preocupe de saber si tal tratamiento es realmente aplicado en los establecimientos apropiados, o si, a falta de ellos, y no obstante tratarse de un derecho reconocido en el texto legal, carece de aplicación práctica. Un sistema represivo no se estudia solamente en el principio de que emana, sino

(21) Esta jurisprudencia ha recibido la confirmación del artículo 11, página 2 del Decreto-Ley de 20-V-1955, sobre quiebras y reglamentos judiciales. Lo que, dicho sea de paso, incita a profundas reflexiones sobre el papel normativo de la jurisprudencia, sobre todo en Derecho Penal.

también, y sobre todo, en su aplicación práctica. El método comparativo exige, a este respecto, especial atención, pues el criminalista debe desafiar las apariencias y tener cuidado de revelar la efectiva proyección de la legalidad.

En este campo, los ejemplos son múltiples; pero basta evocar uno de los más representativos.

Se sabe que una de las corrientes legislativas, cuya realidad se impone a la observación comparativa, está representada por el perfeccionamiento o desarrollo de las medidas de seguridad. Pero también está comprobado que frecuentemente las medidas establecidas por las modernas legislaciones reciben en el hecho una aplicación muy restringida (22).

Es interesante analizar la eficacia real de las leyes sobre vagos y maleantes, especialmente en España y en los países de América Latina (23). Del mismo modo, puede plantearse el verdadero alcance de las codificaciones dualistas.

En el ciclo de estudios americanos celebrado en Río de Janeiro bajo el patrocinio de las Naciones Unidas, el delegado colombiano no vaciló en reconocer que el sistema carcelario de su país provocaba una concentración humana en las peores condiciones, y que los reos estaban reclusos en establecimientos que no correspondían a la orientación científica prevista por el legislador (24). Esta declaración es tanto más decidida cuanto el Código colombiano del 24 de abril de 1936 es considerado como uno de los textos más progresistas de la época, y cuya filiación positivista ha reservado importante lugar a las medidas de seguridad. Es evidente que tal antinomia entre legalidad y realidad es típica en el campo

(22) V. Marc Ancel: "Las medidas de seguridad en materia criminal", 1950; Patin: "El lugar de las medidas de seguridad en el derecho positivo moderno", Revista Ciencia Criminal y Derecho Penal Comparado, 1948, página 415.

(23) Véanse nuestros estudios precitados en la Nota 14. V. Jiménez de Asúa: "El estado peligroso en las legislaciones iberoamericanas", Revista Penal Suiza, 1952, página 424.

(24) V. nuestra nota, Revista Internacional de Derecho Penal, 1955, página 262.

penal y exige al criminalista adaptar el método comparativo a esta particularidad.

En fin, el realismo del Derecho Penal Comparado implica no solamente que el comparatista se preocupe de saber si la ley penal es aplicada, sino también cómo es aplicada en la práctica. De ello fluye que el derecho penitenciario, legal y consuetudinario, es inseparable del Derecho Penal propiamente tal.

El civilista puede comparar los regímenes matrimoniales sin necesidad de conocer las prácticas notariales, cuyo estudio si bien útil no le es indispensable.

El penalista difícilmente puede comprender una institución represiva sin considerar las prácticas penitenciarias en la que se traduce. Esto es evidente al observar los sistemas de penalidad y tratamiento, pero es igualmente valedero, en cierta medida, respecto de las incriminaciones. El fin de toda disposición penal es la protección de la sociedad y la readaptación social del delincuente. El carácter finalista del Derecho Penal exige al comparatista trascender el contexto legal, o, más exactamente, seguir la norma legal hasta sus consecuencias concretas con respecto al delincuente. No se puede aislar la ley de su acción sobre el hombre, que es obligadamente, el centro de todos los estudios penales.

## V

La reunión de los elementos de comparación, tal como acaban de definirse, representa la fase previa de toda investigación comparativa. Sólo después de haber agotado esta etapa es posible proceder a la comparación propiamente dicha. Tal comparación puede efectuarse, esencialmente, en función de dos métodos complementarios.

## VI

En primer lugar puede aplicarse el llamado método estático, que es, aparente-

mente, el más simple. Consiste en el análisis de los sistemas represivos.

A estas alturas es importante una advertencia previa: no se hará Derecho Comparado, sino solamente un estudio de derecho extranjero, si el trabajo se limita a la acumulación de principios concernientes a un solo sistema de derecho. Por el contrario, se procederá comparativamente cuando la investigación tenga por objeto exponer las relaciones existentes entre varios sistemas represivos (25). Para que esta investigación tenga valor científico debe perseguir una trascendencia explicativa, y no limitarse a una labor puramente informativa o descriptiva. El comparatista no puede referirse únicamente al estudio de las similitudes y divergencias, sino esforzarse por determinar las causas de tales similitudes y divergencias, cuidando de especificar sus valores fundamentales e incidentales, así como señalar sus relaciones con la estructura general de los sistemas considerados. De este modo realizará una tarea positiva y negativa a la vez: positiva, en la medida que su estudio comparativo le llevará a distinguir las influencias mutuas, y negativa por cuanto le explicará por qué un régimen original, lejos de ejercer influencia sobre los derechos extranjeros, provoca una reacción contraria.

La principal dificultad de este método comparativo reside en el carácter específico que dan a sus instituciones represivas los sistemas de derecho nacional. Es menester tener cuidado de comparar solamente instituciones comparables; en ello el comparatista debe tener muy presente los obstáculos que, necesariamente, enfrentará.

Ante todo, y evidentemente, están las barreras terminológicas. El problema de la terminología es común a todas las ramas de la disciplina comparativa, pero donde más notoria se hace es en materias de Derecho Comercial y Derecho Penal. Ello se debe, sobre todo, a la circunstancia de que los modismos regionales son

(25) V. Gutteridge: "El Derecho Comparado", obra citada, página 101.

más comunes en estos campos al faltar el elemento unificador constituido, en los derechos germano-latinos por lo menos, por la influencia romanista. Esto sin referirse a las divergencias fundamentales existentes entre la terminología francesa y la lengua jurídica angloamericana, que en realidad traducen concepciones opuestas, en que es fácil incurrir en errores al comparar instituciones dependientes de sistemas jurídicos derivados.

El Derecho Penal Comparado franco-español ofrece algunos ejemplos típicos.

El penalista francés sufrirá graves apuros para encontrar el equivalente preciso de la circunstancia agravante de alevosía, mal traducida con la expresión "guet-apens" (a). Del mismo modo, deberá tener presente que la noción ibérica del encubrimiento es mucho más amplia que la similar del derecho francés. Por último, el comparatista no podrá olvidar que el delito calificado como rebelión por el derecho español no corresponde al tipificado en el derecho franco, sino que es considerado como un atentado contra la seguridad interior del Estado (b).

Otro grave riesgo se presenta por el hecho de que una expresión idéntica puede servir para designar, en diferentes sistemas jurídicos, instituciones diversas por razón de no ser similares los actos que la ley castiga o los tratamientos que recomienda. Se deja ver este fenómeno especialmente en lo que se refiere a las infracciones, cuya definición está subordinada a ciertas técnicas jurídicas. La estafa no tiene la misma significación en el sistema francés y en el germánico, pues mientras en uno se sancionan las maniobras fraudulentas caracterizadas por una determinada conducta, en el otro se pretende adecuar el dolo civil con sanciones pe-

nales (26). Análoga situación puede darse a propósito del abuso de confianza.

Se sabe también que la criminología aplicada americana designa con el término "classification" la búsqueda de un tratamiento adecuado a la personalidad del delincuente a través de una observación científica, y no una lista, rol o catálogo de delincuentes en función de la etiología de los delitos, como ocurre en los sistemas europeos.

Independientemente de las dificultades idiomáticas propiamente tales, ocurre que los términos técnicos del Derecho, y singularmente del Derecho Penal, no tienen en todas partes igual significado. Esta circunstancia, que hace particularmente delicado el empleo de las estadísticas criminales (27), obliga al comparatista a una adaptación, y hasta una transposición, si desea mantener su trabajo a nivel de la realidad.

## VII

Pero el Derecho Penal Comparado no puede limitarse al estudio estático de las instituciones represivas. La constante evolución de los conceptos del Derecho Penal se impone a la observación del comparatista, y sólo un método dinámico puede permitirle descubrir las grandes corrientes legislativas. Bien pensado, esa es la función esencial del Derecho Penal Comparado y una de sus más concretas características.

Cuando el penalista estudia comparativamente la evolución de su disciplina, queda asombrado por su amplitud. En casi todos los sistemas descubre tendencias legislativas por imitación y transpo-

tamente diversas de las consideradas por el Código Penal chileno que, al igual que el español, lo trata como atentado contra la seguridad interior del Estado. — N. del T.

(26) V. Graven: "La estafa en Derecho Penal suizo", Revista Internacional de Derecho Penal, 1946, página 13.

(27) V. Marc Ancel: "Observaciones de orden comparativo sobre las estadísticas criminales", Revista Internacional de Política Criminal, 1952, página 43.

(a) Hemos dejado la expresión en el original, pues en el hecho es intraducible. Consiste en esperar más o menos tiempo, en uno o varios lugares a alguien para atacarlo. En sentido general podría traducirse como emboscada. — N. del T.

(b) El delito de rebelión (artículo 209 del Código Penal francés) está incluido en el título correspondiente a los crímenes y delitos contra la tranquilidad pública. Sus figuras son absolu-

sición (28) y su estudio le señala el curso tomado por el Derecho Penal y le conduce a una síntesis rica en consecuencias sociológicas.

Estas corrientes legislativas son numerosas. Puede citarse, entre otras, la tendencia que se observa en el desarrollo de las incriminaciones y la autonomía de algunos derechos penales particulares, especialmente el Derecho Penal del Trabajo y Económico, el movimiento que tiene por objeto colocar al menor fuera del Derecho Penal, y, más recientemente, aquel que propende someter a los jóvenes adultos al mismo régimen jurídico de los menores, la aparición de medidas de seguridad y la transformación de la política criminal dualista, la marcha hacia la unificación de las penas privativas de libertad, el impulso a favor de las medidas de tratamiento en libertad y medidas de "post-cure" (a), cuyo ejemplo más típico es la adopción del régimen anglo-americano de la "probation" (b) por los sistemas europeos (29).

El comparatista debe conducir sus investigaciones a través del estudio de estas orientaciones comunes, tomadas del conjunto de las legislaciones penales. Esto le permitirá aprehender, en su realidad moviente, un derecho al que la evolución de las ideas y el progreso científico imponen una constante adecuación. Es preciso insistir a este respecto que las tendencias así descubiertas no son unívocas y que,

(28) Sobre la distinción entre imitación y transposición, V. Marc Ancel: "El método del Derecho Comparado en materia de Derecho Penal", obra citada, página 516.

(a) Locución intraducible. N. del T.

(b) Sobre la "probation" que no hemos traducido para no incurrir en el error de hacer una mala aplicación del término, hay numerosos trabajos en esta misma Revista y otras argentinas e italianas, que son de indudable interés. Desde luego, cabe hacer presente que la "probation", como contenido, es, en pocas palabras, el cumplimiento de la condena en libertad. Cuidese de no confundir con el sistema de la libertad condicional del régimen chileno. N. del T.

(29) V. Germain: "Le sursis et la probation", Trabajos de la Semana Internacional de Strasbourg, París, 1954, página 629; "La probation y las medidas análogas", 1953, e Y. Marx: "Estado actual de la probation", en Revista Penitenciaria y de Derecho Penal, 1954, página 729.

justamente, uno de los aportes de la ciencia comparativa es poner en evidencia su movilidad y al mismo tiempo dar plena explicación a tal fenómeno.

Pueden darse 2 ejemplos.

A fines del siglo XIX, el progreso de la pequeña y mediana criminalidad, por una parte, y la conciencia de la noción de estado peligroso, por otra, indujeron al legislador a preocuparse del aumento de la reincidencia y adoptar medidas especiales contra el delincuente habitual. Se produjo entonces uno de aquellos fenómenos de contagio legislativo, con los que el comparatista criminal frecuentemente tropieza. En Francia, la ley del 27 de mayo de 1885, y en Gran Bretaña la "Prevention of Crime" de 1908, consultaron las penas de relegación perpetua y la medida de seguridad conocida con el nombre de "preventive detention" para los delincuentes habituales. Su ejemplo fue seguido por numerosos países. A este propósito, todas las leyes relativas a la reincidencia partieron de la siguiente premisa: se trataba de delincuentes incorregibles que había que eliminar del cuerpo social.

Pero, si se sigue la evolución de la pena de relegación en Francia y de la "preventive detention" en Inglaterra, se llega a la conclusión que, como consecuencia de una serie de procedimientos técnicos diversificados, el régimen de estas medidas se ha individualizado. Mantienen la eliminación de ciertos delincuentes, y para otros recomiendan tratamientos de readaptación social. El comparatista que analice esta progresión comprenderá que la ciencia penal ha invertido el dogma de la incorregibilidad de los delincuentes habituales. Así es como, a través del Derecho Comparado, se encuentra la explicación científica y sociológica de la evolución legislativa (30).

A la misma conclusión se llegará al observar las transformaciones experimentadas por la pena privativa de libertad. El positivismo y, posteriormente, la psi-

(30) V. Marc Ancel: "El método del Derecho Comparado en materia de Derecho Penal", obra citada, página 517.



mera escuela de defensa social preconizaron el desarrollo de una política criminal dualista, y admitieron la coexistencia de penas y medidas de seguridad. Pero se ha visto que la pena eliminadora se desplazó insensiblemente hacia la medida de readaptación, así como el encarcelamiento perdió el carácter negativo de simple privación de libertad para adquirir el valor positivo de un tratamiento.

Por otra parte, se asiste a una transformación aparentemente contradictoria de las penas privativas de libertad, que tienden, simultáneamente, a la unidad de las figuras jurídicas y a la diversidad de sus aplicaciones penitenciarias. Al describir este fenómeno complejo, el comparatista llega a revelar las nuevas corrientes que animan la ciencia penal y que tienden a superar la prevención colectiva, caucionando la protección social mediante un apropiado tratamiento en la personalidad del delincuente. Aún aquí, el Derecho Comparado aporta antecedentes científicos y sociales relativos al crimen y la lucha contra la criminalidad.

### VIII

Es por ello que la función del Derecho Penal Comparado, entendido como sociología criminal, tiene tanto de política criminal como de doctrina.

En el plano de la política criminal, el Derecho Penal Comparado ejerce evidente influencia en la evolución de las legislaciones nacionales. Tiene el mérito de aclarar los fundamentos de esta evolución que, sin el aporte de los estudios comparatistas, seguiría siendo difusa e incomprensible.

Analizando las corrientes científicas y sociológicas y descubriendo las razones universalmente válidas, el Derecho Comparado las hace imperativas. Es así como coacciona a las legislaciones nacionales para adecuar sus peculiares formas y modalidades a los diferentes sistemas jurídicos. Puede decirse que provoca, en este

aspecto, un movimiento alternativo, en el sentido que el Derecho Penal Comparado refuerza las tendencias legislativas universales al propio tiempo que las analiza.

En el campo doctrinal, el Derecho Penal Comparado debe tener por misión construir una doctrina criminalista común. La doctrina puede fácilmente superar los localismos nacionales, y, por lo mismo que demuestra, a través de las corrientes de pensamiento y de los movimientos legislativos, la identidad de los problemas provocados por la criminalidad y la similitud de las soluciones, promueve la unificación de los conceptos y de los objetivos. La colaboración internacional de los criminalistas es claro indicio de que es posible ponerse de acuerdo, no solamente en los principios generales sino también en las definiciones concretas.

El reforzamiento de las tendencias legislativas universales, la construcción de una doctrina criminalista común son, en el estado de los estudios del Derecho Penal Comparado y del pensamiento político y jurídico, los únicos fines que razonablemente pueden ser asignados a esta colaboración internacional, cuyo mérito esencial es el desarrollo de una conciencia jurídica universal (31). Es preciso señalar, a este propósito, que la internacionalización del Derecho Penal no implica necesariamente (32) su unificación que, encarada "in complexu", es una ilusión (33). La teoría universalista trata, por otra parte, más bien de encontrar principios comunes para un derecho modelo, que crear una legislación de transacción con miras a obviar las resistencias

(31) V. Luis Jiménez de Asúa: "Tratado de Derecho Penal", tomo I, Nº 460, página 1101.

(32) Respecto de la diferencia entre la internacionalización y la unificación del Derecho Penal, véase Marc Ancel: "El método del Derecho Comparado en materia de Derecho Penal", obra citada, página 517.

(33) Marc Ancel: parece más optimista en la medida que admite que la internacionalización tiende a la unificación, véase obra citada, página 517.

nacionales. Si la unificación debe producirse, se realizará insensiblemente en virtud de la conjunción de las corrientes legislativas.

Se ha dicho que existe una fe comparativa. Esta fe no excluye la prudencia,

como tampoco la paciencia. Sin duda llegará la unificación del Derecho Penal, pero su hora aún no ha sonado. Esperamos que tal destino dé a la ciencia comparativa ese humanismo que, en definitiva, otorga valor supremo a los estudios jurídicos.