

## El Derecho comparado como método de política criminal (\*)

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal

El método del Derecho comparado como procedimiento de abordar los problemas de política criminal requiere una serie de presupuestos (A) y presenta una serie de dificultades (B), aunque, cuando es aplicable, ofrece innegables ventajas (C).

(A)

### PRESUPUESTOS

La comparación de diferentes ordenamientos jurídicos presupone una determinada *concepción del Derecho*.

Si el Derecho se concibe como un producto históricamente condicionado es evidente que allí donde la historia de dos países haya discurrido por cauces muy diversos habrá que negar la posibilidad de trasponer las soluciones legislativas y doctrinales de un país al otro, con lo cual el método comparativo se restringe a aquellos países que tengan una historia común.

Si el Derecho se concibe como un producto racional, resultado de una abstracción a la que son indiferentes las circunstancias de tiempo y lugar, el Derecho comparado no tiene porqué desempeñar ningún papel en orden al trazado de las metas político-criminales y a la reforma del derecho vigente en un determinado país.

Pero el Derecho, a mi entender, es ante todo y en primer lugar, un intento de solucionar los *problemas* que plantea la convivencia

---

(\*) La versión española de esta contribución al tema, que fue objeto de debate en el Coloquio internacional celebrado en Friburgo (Alemania) con motivo de la inauguración del nuevo edificio del *Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, los días 23-25 de octubre de 1978, está consagrada al homenaje a don José ANTÓN ONECA, director que fue del ANUARIO DE DERECHO PENAL y que por su vida ejemplar y honestidad científica se ha hecho acreedor a la admiración y respeto de todos los penalistas españoles, cuyo patriarcado ostenta.

dentro de una comunidad organizada. Ciertamente que la *solución* que se dé a esos problemas ha de ser una solución justa, no basta cualquier solución. Así, por ejemplo, la solución del problema que en algunos países presentan las minorías no puede consistir en su exterminio, porque tal solución no es justa, sino bestial e inhumana. Toda solución para ser justa ha de construirse sobre la base de que haga posible la convivencia. El exterminio es lo más radicalmente opuesto a la convivencia.

Obsérvese que la justicia, cuando el Derecho se considera como una solución de problemas suscitados por la convivencia, es un adjetivo, esencial sí, pero al fin y al cabo adjetivo, no un sustantivo. Estamos lejos del *fiat justitia et pereat mundus*. Todavía hay que añadir algo. A causa de la congénita imperfección del ser humano y de la abstracta generalidad de las normas jurídicas, la injusticia es un elemento inherente en mayor o menor medida a toda norma jurídica en el momento de descender a la aplicación al caso concreto, en lo que concierne a un número mayor o menor de casos. La meta del jurista, tanto teórico como práctico, es reducir a límites tolerables ese factor de injusticia inherente a todas las leyes humanas por el hecho de ser humanas. Por ejemplo, las normas sobre arbitrio judicial e individualización de la pena pretenden paliar la injusticia que supone el tratar de modo igual casos desiguales, pues no hay que olvidar que si es cierto que no hay dos hojas de un árbol iguales, lo mismo puede decirse del hombre. Ahora bien, hemos dicho paliar, no eliminar, porque, siguiendo con el ejemplo de las penas, una individualización absoluta es imposible por razones prácticas.

La comparación de diferentes ordenamientos jurídicos implica, por consiguiente, comparar diversas soluciones a un mismo problema. Para que la comparación sea fructífera es preciso, por tanto, que se trate de soluciones a *problemas idénticos*.

La identidad de un problema en dos ordenamientos jurídicos distintos no se desprende sin más de un mero cotejo de los bienes o intereses jurídicos afectados por el delito en cuestión. Para que los problemas puedan considerarse homogéneos hay que tener en cuenta muy particularmente algunos factores extrapenales que, sin pretensiones de exhaustividad, paso a enumerar.

1. Ha de existir un *nivel técnico jurídico* semejante en los dos países. Tres ejemplos tomados de la América Latina servirán para mostrar la necesidad esta de exigencia. El Proyecto de Código penal boliviano del profesor López-Rey se consideró inaplicable al país por estimar que respondía a un nivel de técnica jurídica inadecuado al de los juristas que habían de utilizarlo. El profesor René Suazo me manifestó en unas conversaciones sobre la conveniencia de escribir un Tratado sobre el Derecho nacional de Honduras que dado el nivel de los estudios jurídicos en su país tenía serios temores de introducir las precisiones consecutivas a la teoría del delito en su evolución posterior a la primera posición rigurosamente analítica de Ernesto Beling, considerando preferible por su simplici-

dad esta primera posición con la tajante separación de elementos objetivos y subjetivos. Cuando hice notar en Panamá al Dr. Campos Elías Muñoz que frente al criterio de radical eliminación de las penas cortas privativas de libertad en el último Proyecto de Reforma del Código penal panameño, había que tener presente que hoy se piensa que en algunos casos las penas cortas pueden tener un efecto de «stress» que aconseja su mantenimiento, me replicó: «pero en Panamá no hemos hecho todavía esa experiencia». El nivel de los estudios jurídicos es sumamente importante para asimilar soluciones importadas del derecho extranjero, pues de él depende la formación de los jueces y en general de los juristas que han de contribuir a la aplicación de la ley penal.

2. Es precisa una *organización policial adecuada* provista de los medios técnicos imprescindibles. De nada sirve introducir el delito de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas si la comprobación, como ocurrió al principio en España, se verifica frotando con un algodón empapado en alcohol antes de extraer la sangre para su análisis, pues la necedad de este procedimiento, por el cual tanto los conductores abstemios como los bebedores dan siempre tasas elevadas de alcohol en sangre, conduce siempre a la absolucón.

3. Es necesaria una razonable *intensidad en la persecución* de los delitos de que se trate, porque si la ley no se ha de cumplir es preferible que no se introduzcan nuevas figuras penales.

4. Es imprescindible un funcionamiento adecuado de la *Administración de Justicia*. Si por corrupción, o por embotellamiento, la maquinaria de los Tribunales es inoperante la ley se convierte en una serie de palabras sin sentido.

La capacidad material de los Tribunales ha de tomarse en consideración cuando se trata de trasplantar soluciones de un país a otro. De nada sirve introducir novedades, en principio beneficiosas, si los jueces están corrompidos o carecen de tiempo suficiente para estudiar los procesos con detenimiento.

5. Ni una buena organización policial, ni la alegría en denunciar, ni un excelente funcionamiento de los Tribunales basta para importar, sin más, soluciones de política criminal, si no existe un suficiente número de técnicos, sea para cooperar a la recta administración de la justicia, sea para llevar a cabo las novedades introducidas en orden a las consecuencias del delito. Un buen ejemplo lo constituyen los establecimientos de terapéutica social, cuya implantación se ha retrasado en Alemania ante el peligro de que en estos momentos no se puedan obtener de ellos los resultados que se esperan y trata de conseguir la ley.

6. También hay que decir que es necesario un *sustrato económico*. Para llevar a buen término una determinada política criminal es indispensable que el país esté dispuesto a invertir una parte importante de su presupuesto nacional en las atenciones que demanda una política criminal moderna. Puede ocurrir, y ocurre en ocasiones, que aun estando persuadidos de la conve-

nencia de solucionar un problema y de las ventajas de las soluciones que ofrece el Derecho comparado, la existencia de otros problemas no criminales pero prioritarios, como el paro o una elevada tasa de inflación, impida dedicar los recursos indispensables.

(B)

## DIFICULTADES

Admitiendo que se den todos los presupuestos imprescindibles para que sea fructífera la comparación de las diferentes soluciones legislativas y doctrinales, existen todavía, a veces, dificultades que limitan la utilidad del método comparativo, porque los símbolos del Derecho son las palabras, y porque los hábitos o costumbres nacionales y los sistemas políticos pesan poderosamente en la practicabilidad de las normas jurídicas.

1) *Dificultades idiomáticas.*—España ha estado abierta durante el siglo pasado y éste, muy particularmente al Derecho francés e italiano, y en los últimos cincuenta años a una influencia muy marcada de la doctrina alemana sobre la teoría del delito, por lo que se advierten con frecuencia las dificultades que entraña el intento de introducir las concepciones germánicas en la ciencia del Derecho penal frente a teorías que operan con un idioma de raíces latinas como ocurre con la ciencia francesa o italiana.

Considero que el triunfo final de las influencias germánicas en la construcción de la teoría del delito se debe, sin duda, a que la tripartición (acción, antijuridicidad, culpabilidad) permite resolver mejor, esto es, con más claridad, una serie de problemas. Por ejemplo, no es lo mismo declarar que no hay delito porque falta la antijuridicidad a causa de una legítima defensa, que por tratarse de un inimputable menor (en el Derecho español) de dieciséis años. Ausente la antijuridicidad se explica mejor que siendo la acción conforme a Derecho no se adopte ninguna medida de tipo correccional ni se derive una responsabilidad civil que, en cambio, se impone si la acción del menor de dieciséis años es antijurídica pero no imputable, pues entonces hay que adoptar una medida de seguridad y afirmar la correspondiente responsabilidad civil. Esta ventaja de las concepciones tripartitas sobre las bipartitas, que sólo diferencian en la construcción del delito los elementos objetivos y subjetivos (en principio más simples y manejables), explica la creciente atención que en España ha merecido la concepción tripartita alemana y su evolución desde Franz von Liszt.

Sin embargo, la influencia de la doctrina alemana en las construcciones españolas ha tenido que superar serias dificultades terminológicas que han constituido muchas veces un grave obstáculo a la exposición de los problemas. Así, por ejemplo, hasta llegar a una versión más o menos aceptable del «Tatbestand» y la «Tatbestandmässigkeit» como elementos del delito y usar la traducción

hoy generalizada de *tipo*, *tipicidad*, ha transcurrido bastante tiempo. Personalmente he de decir que hasta el año 1944 no me percaté del alcance del vocablo alemán al tener entre mis manos un atestado de la policía alemana. La palabra «Tatbestand» tiene en el Derecho penal español una acepción eminentemente técnica, mientras que en el idioma alemán es una expresión de uso más generalizado que designa un conjunto de hechos que guardan entre sí una relación de sentido.

Las dificultades terminológicas que suscita el idioma alemán se palían cuando existen dos palabras de raíz germánica una, otra de raíz latina, como sucede con «Tatbestand» y «Typus». Pero alcanzan niveles muy altos de complejidad cuando no existe un equivalente del concepto en cuestión, como ocurre, por ejemplo, con la palabra «Gesinnung», que sólo de manera aproximada puede traducirse, como hace Jiménez de Asúa, por «estado de ánimo».

La importancia de estas dificultades se advierte sobre todo allí donde un idioma es más rico o más pobre que otro. Vuelvo a insistir en los problemas que el método del Derecho comparado suscita en el Derecho penal español. Una cuestión tan importante como la comprensión del llamado Derecho penal administrativo y la variante llamada *Ordnungswidrigkeitstheorie* está vinculada a una correcta versión de la «Geldbusse», porque en español la palabra «multa» carece de matices: toda sanción pecuniaria, sea administrativa o penal, es una *multa* en español, sin otra posibilidad de matizar que adjetivándola de penal o administrativa. He propuesto traducir la «Geldbusse» por multa «correccional» para distinguirla de la pena de multa, en base a que el artículo 26 del Código penal español dice que no se reputarán penas «las multas y demás correcciones administrativas o disciplinarias que impongan las autoridades a sus administrados o subordinados», de donde se desprende, a mi juicio, que la nota específica de la multa como sanción administrativa es su naturaleza correccional. Cuestión semejante se suscita en el italiano o el francés. En italiano la «pena pecuniaria» no tiene naturaleza penal, sino administrativa, distinguiendo además en el ámbito penal la «amenda» de la «multa», mientras que en el Código penal suizo, en su versión trilingüe, se reputan equivalentes *Busse*, *amende* y *multa*.

Las dificultades idiomáticas que se plantean con frecuencia en el Derecho comparado no son fáciles de resolver acudiendo a los diccionarios usuales, ni siquiera a versiones de especialistas. Permítaseme traer aquí el recuerdo de un gran amigo, gran conocedor del Derecho penal español, colaborador del Max-Planck-Institut, cuya muerte prematura han tenido que lamentar la ciencia alemana y la ciencia española del Derecho penal. Estoy hablando del Dr. Heinz Mattes. Cuando Heinz Mattes estaba trabajando sobre las *Quellen und Schriftum* del Derecho penal español mantuvimos largas entrevistas de varias horas cada una dedicadas a la búsqueda de la mayor precisión posible de algunos términos, a pesar de que existía una traducción, en general estimable, del Código penal

español al alemán hecha por el profesor Quintano Ripollés. De estas entrevistas resultó que había que proceder con el mayor cuidado con algunas expresiones. Por ejemplo, la palabra *autoridad*, que los diccionarios traducen por «Behörde», designa en español siempre a una persona física, mientras que en alemán es siempre un órgano que puede ser individual o colectivo; el «Verwaltungs-rat» alemán no es exactamente igual que «Consejo de Administración» en castellano, aunque esta sea la traducción literal, porque mientras que los miembros del «Verwaltungs-rat» de una sociedad mercantil alemana trabajan, en general, los miembros del «Consejo de Administración» de una sociedad española se limitan a percibir unos emolumentos.

Sobre los riesgos de una equiparación apresurada de palabras pertenecientes a idiomas distintos citaré, para terminar, dos ulteriores ejemplos. Las fronteras entre el *Diebstahl* y el *Raub* en alemán, y el hurto y el robo en español no coinciden: el *Diebstahl* comprende en Alemania casos que en España son de robo (con fuerza en las cosas), o sea, dicho de otra manera, una serie de casos de robo (con fuerza en las cosas), en el Derecho alemán son de hurto cualificado. Lo mismo ocurre con las fronteras entre el homicidio y el asesinato en el Derecho español y el *Totschlag* y el *Mord* en el Derecho alemán, porque las circunstancias que califican la muerte de un ser humano de asesinato son distintas en el § 211 del StGB alemán y en el art. 406 del Código penal español. Estos ejemplos podrían multiplicarse y ponen de manifiesto que el método de Derecho comparado requiere no sólo un conocimiento de los idiomas respectivos, sino también de las peculiaridades del Derecho positivo, porque es muy frecuente que una palabra tenga un significado en el uso general del lenguaje y otro particular dentro de una rama del Derecho. Eso cuando la palabra no recibe una multiplicidad de acepciones técnicas, como ocurre con el *Tatbestand*, que difiere según se hable del *gesetzlicher Tatbestand*, del *Unrechtstatbestand* o del *Verbrechenstatbestand*.

2) *Concepción del mundo dominante, hábitos y costumbres nacionales.*—La legislación de un país está condicionada en gran medida por las concepciones del mundo dominantes en él. Por ejemplo, el predominio o no de una determinada confesión religiosa, la aconfesionalidad del Estado o la proclamación de un ateísmo oficial ocasionan consecuencias muy diversas en el orden penal y limitan la utilidad de la comparación de dos ordenamientos jurídicos, salvo para poner de manifiesto en algunos casos la incongruencia de la legislación vigente en un país con los presupuestos sociológicos y ofrecer un modelo distinto, v. gr., permisivo y protector de la libertad religiosa.

La mayor o menor solidez de la familia y el grado diverso de libertad que se concede a la juventud inciden en considerable número de delitos relativos a la moral sexual individual o colectiva, encontrando un reflejo en valoraciones penales que no son transferibles sin más de un país a otro. La mayor o menor frecuencia

de determinadas conductas y la conciencia social de su gravedad influye también considerablemente en el sentimiento de la necesidad de reformar o no el Derecho vigente. Un ejemplo para lo primero puede ser el delito de abandono de familia, hoy generalizado en las legislaciones europeas y antes desconocido; de lo segundo, el delito de emisión de cheques en descubierto, motivado por la generalización de estos comportamientos.

Finalmente, no me parece superfluo llamar la atención sobre la incidencia de las concepciones políticas dominantes en la utilización del Derecho comparado. Allí donde domina un sistema político liberal, la tutela penal de los derechos del ciudadano alcanza una amplitud muy distinta de la que tiene en un sistema político totalitario o simplemente autoritario. Por eso, el método del Derecho comparado encuentra fuertes limitaciones cuando se trata de comparar ordenamientos jurídicos que descansan en presupuestos políticos discrepantes, particularmente en la zona de los delitos contra la Constitución del Estado.

(C)

#### VENTAJAS DEL METODO COMPARATISTA

Las consideraciones anteriores han tenido por objeto prevenir contra los peligros de una mera transposición de soluciones legislativas. Lo que es bueno en un país es inaceptable en otro; lo que es operante en un país es letra muerta en otro. No obstante, el estudio del Derecho comparado ha de considerarse hoy, a mi juicio, indispensable tanto al nivel teórico, como para auxilio del legislador y del práctico.

a) Al nivel teórico como práctico, el primordial efecto, y a mi entender el fundamental, es el de quebrantar el conservadurismo de los juristas, abriendo paso a la duda sobre la bondad de las soluciones heredadas del derecho histórico. El conservadurismo de los juristas tiene una explicación razonable que podría resumirse en el refrán español de «más vale lo malo conocido que lo bueno por conocer». Una experiencia multisecular acredita que toda novedad lleva consigo un período de vacilaciones en su interpretación y aplicación que acarrearán una cierta inseguridad jurídica, incluso utilizaciones incorrectas que a veces producen efectos contrarios a los que se esperaba de la norma. El conservadurismo de los juristas se aplica tanto a lo bueno como a lo malo, a las instituciones que deben mantenerse y a las que deben desaparecer. Por ejemplo, recientemente el Consejo de Europa ha tenido que pronunciarse sobre la pena de azotes subsistente en la Isla de Man, y a ese conservadurismo se debe el que algunos países mantengan todavía la prisión por deudas.

El estudio del Derecho comparado espolea la imaginación de los juristas y promueve cambios beneficiosos en la legislación.

Como dice el profesor Dr. Jescheck, uno de los grandes maestros del Derecho comparado europeo, el Derecho comparado es ante todo investigación básica, conocimiento puro del Derecho, favorece la colaboración internacional, reduce presunciones chauvinistas, presenta en una perspectiva más correcta la posición del propio ordenamiento jurídico en relación con otros sistemas y culmina en la concreción de principios comunes (Cfr. JESCHECK, *El Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal*, traducción de PEDRAZ PEÑALVA, en «Revista de Derecho Público, 1975, 337). El Derecho penal de la Ilustración es un buen ejemplo de esto.

El estudio del Derecho comparado suscita problemas a nivel de la construcción dogmática del propio ordenamiento jurídico. En España, y en todos los países iberoamericanos este efecto es particularmente visible porque hemos estado siempre abiertos, sin prejuicios, a la ciencia penal francesa, italiana y, especialmente en los últimos cincuenta años, a las construcciones alemanas de la teoría del delito. Esta influencia ha conducido, aparte del mimetismo y el simple derecho penal erudito, que deben ser proscritos, a una reconstrucción de la dogmática, reduciendo, por ejemplo, las excepciones al principio de que no hay pena sin culpabilidad o suavizando el régimen penitenciario.

b) El conocimiento del Derecho comparado, en cuanto éste ofrece un conjunto sistematizado de diversas soluciones a determinados problemas jurídicos es, como advierte el prof. Dr. JESCHECK (*loc. cit.*, 338) un valioso auxiliar del legislador. No sólo por el repertorio de soluciones que pone a su disposición, sino, sobre todo, porque supone una gran economía en lo que concierne a investigaciones previas y experiencias perturbadoras.

Antes de introducir una institución nueva en el propio ordenamiento jurídico el Derecho comparado permite comprobar los resultados que con ella se han obtenido en otros países. Claro es que para asimilar las experiencias extrañas se requiere meditar las reformas y recabar informaciones, no modificar la propia legislación penal por puro afán reformista. La precipitación con la que se han acogido algunas nuevas figuras en los delitos de tráfico, como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que rápidamente se han generalizado confiando en los efectos de prevención general del Derecho penal en todo el mundo occidental, ha sido sin duda precipitada, y sus resultados muy dudosos, como se puso de manifiesto en el Coloquio sobre los aspectos penales y penitenciarios de los delitos de tráfico celebrado por la Fundación internacional penal y penitenciaria en Rotterdam, 13-17 junio 1977. La introducción del delito de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas pienso que no ha sido afortunada, porque en realidad los Tribunales están procediendo de una manera automática, como ha documentado ampliamente Middendorff para los Estados Unidos y ocurre también en España. Las sentencias se basan prácticamente de modo exclusivo en la prueba del alcohol en sangre, re-



duciéndose a este punto los debates; el recargo de la Administración de Justicia y los costes sociales y económicos de la criminalización no se justifican por una mayor eficacia de la prevención general, muy dudosa a la luz de los datos de que disponemos hoy, siendo acaso más razonable, económico, eficaz y rápido, retornar a la sanción administrativa.

c) Para el práctico que ha de interpretar y aplicar el Derecho de su país a un caso concreto, el Derecho comparado es también una importante fuente de conocimiento, sobre todo cuando se trata de instituciones importadas de otros ordenamientos jurídicos. Volviendo al ejemplo de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, los resultados obtenidos con los diferentes tests de comprobación del porcentaje de alcohol en sangre han pasado rápidamente las fronteras, incorporándose a las prácticas judiciales en orden a los medios de prueba admitidos o rechazados por los tribunales.

Pero incluso cuando se trata de la interpretación y aplicación de instituciones jurídico-penales no importadas, los conocimientos del Derecho comparado en referencia a los niveles de la práctica en otros países tienen en muchos casos una evidente repercusión. Así, por ejemplo, las experiencias hechas fuera de España sobre la unificación de las penas privativas de libertad han producido el efecto de una discordancia entre el Derecho penal material y el Derecho penitenciario. En nuestro Derecho penal material, en el Código penal, se mantiene el sistema de penas paralelas con diferentes especies de penas privativas de libertad, mientras que en nuestro Derecho penitenciario el régimen se ha unificado hace tiempo. Un segundo ejemplo llamativo sobre el peso que las concepciones internacionales sobre el Derecho penal tienen en el derecho interno, lo tenemos en la pena de muerte: aunque seguía en las leyes había dejado prácticamente de aplicarse, indultándose de manera sistemática las que se imponían con arreglo a la ley penal vigente, concluyendo esta oposición a la pena capital con la supresión radical en el Derecho penal común a nivel constitucional.