

EL DERECHO PENAL COMPARADO Y SUS MÉTODOS

JOSÉ DANIEL CESANO¹

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el método empleado por el Derecho Comparado, con especial referencia al Derecho Penal. Con esa finalidad, se describe en qué consiste la actividad del comparatista; para luego ocuparnos de las características del método; subrayando su interdisciplinariedad.

Abstract

This paper aims to analyze the method used by the comparative law, with special reference to the criminal law. For this purpose, describes what is the comparative activity; then deal with the characteristics of the method; underlining its interdisciplinarity.

I.- La actividad del comparatista

La actividad del comparatista se estructura de la siguiente manera:² a) la elección del punto de vista (macro o microcomparación); b) la elección de los campos de observación (familias, instituciones particulares y, en su caso, sistemas jurídicos respecto de los cuales se hará la comparación; según sea la perspectiva elegida anteriormente); c) la individualización de similitudes y diferencias entre los diversos objetos comparados; d) la síntesis comparativa; e) la explicación, sobre la base de los datos comparados, de las similitudes y de las diferencias y f) la valoración de los resultados.

¿Qué es lo que debe ser materia de comparación?

Las *normas* - concepto que comprende a las *reglas* y a los *principios jurídicos*³ - *en tanto integran ordenamientos jurídicos*⁴ *de dos o más países*.⁵

1Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: danielcesano@gmail.com.

2 Ajani, Gianmaria – Anderson, Miriam – Arroyo Amayuelas, Esther – Pasa, Bárbara, *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 2009, 22/23.

3 Seguimos a Guastini, Ricardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2016, p. 49, n. 2. A favor de la caracterización de las reglas y los principios como normas, Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista DOXA*, Alicante, 1988, N° 05: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas”.

Las normas son los *componentes* de los ordenamientos jurídicos.⁶ De esta manera, tanto cuando se realice una indagación macrocomparativa como de microcomparación, la materia prima estará constituida por aquéllas. Desde luego que, las *escalas de análisis* serán distintas según cuál sea el punto de vista elegido por el investigador; pero, en cualquier caso éste deberá cotejar las reglas y principios que regulan una institución (microcomparación) o las reglas y principios que conforman los ordenamientos jurídicos con los que se trabaja (macrocomparación).

¿Qué se entiende por *regla jurídica*?

Siguiendo a Guastini, por tal entendemos a cualquier enunciado “que se encuentre en las fuentes del derecho”.⁷ En efecto, una *regla jurídica* no se identifica únicamente con una norma legal (término que comprende la Constitución, la ley en sentido formal⁸ y el decreto reglamentario), contenido en un determinado sistema, sino, que también pueden serlo otros componentes como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, que determinan los perfiles de la institución analizada, al conformar el esquema conceptual para entenderla.⁹

4 ¿Qué se entiende por ordenamiento jurídico? Guastini, *La sintaxis...*, op. cit., p. 201, señala que un ordenamiento jurídico es un conjunto de normas en sentido estricto. Sin embargo – aclara el autor – “el derecho no es, en rigor, el discurso ‘del legislador’ sin ulteriores precisiones sino, más bien, el discurso del legislador tal y como es entendido, reformulado, ‘enriquecido’ por los intérpretes” (op. cit., p. 201). Dicho en otros términos: las normas “son fruto ya no de la legislación (en sentido material) sin ulteriores precisiones, sino el producto de tres diferentes factores [...]: la legislación (creación de textos normativos), la interpretación (atribución de significado a tales textos), y la ‘construcción jurídica’ (elaboración de normas implícitas)” (op. cit., p. 201). Por su parte, según el propio Guastini (op. cit., p. 126), la costumbre puede constituir *fuerza legal* del derecho (tal como ocurre con el Código Civil italiano [art. 1º, Disp. Preliminar] o el Código Civil y Comercial de la Nación [art. 1º]); aclarando, además, que “atribuir a la costumbre la condición de fuente del derecho equivale a autorizar a los órganos jurisdiccionales a hacer precisamente esto: obtener reglas a partir de regularidades, y a aplicarlas. Desde este punto de vista, el derecho ‘consuetudinario’ no es otra cosa que derecho ‘jurisprudencial’ creado por los jueces” (op. cit. p. 128). Las precisiones efectuadas deben tenerse en cuenta en atención al concepto de regla jurídica que realizamos en el texto.

5 La comparación exige pluralidad de ordenamientos jurídicos. Toda comparación “que se limite al mismo ordenamiento jurídico no tiene nada que ver, en sentido estricto, con el método comparativo” (Constantinesco, Léotin – Jean, *Tratado de Derecho Comparado. El método comparativo*, Vol. II, Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1987, p. 68).

6 Guastini, *La sintaxis...*, op. cit., p. 235.

7 Guastini, *La sintaxis...*, op. cit., p. 49, n 1.

8 Nos referimos a la *ley, como producto del parlamento*, y *no* a la *codificación* porque si bien ésta supone a aquélla, en modo alguno la agota. En rigor, pretender diferenciar familias de ordenamientos a partir de la existencia o no de codificación no es un método muy adecuado. El concepto de codificación, más que una cuestión de competencia en la producción de normas, es una expresión de una ideología. Al respecto, cfr. Merryman, John Henry – Pérez – Perdomo, Rogelio, *La tradición jurídica romano – canónica*, 3ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 59.

9 Ajani – Anderson – Arroyo Amayuelas – Pasa, *Sistemas jurídicos comparados...*, op. cit., pp. 37/37. De la misma opinión, Moisset de Espanés, Luis, “El cambio social y el Derecho

¿Cuál es el sentido de la expresión *principios jurídicos*?

Consideramos que bajo esta categoría se incluyen: a) normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo y b) normas programáticas o directrices, que estipulan la obligación de perseguir determinados fines.¹⁰ Ahora bien, los principios, en ambas formas enunciadas, pueden ser explícitos e implícitos. Mientras que los principios explícitos son aquellos dictados “por una fuente de producción jurídica”¹¹ – con lo cual, en este aspecto, no habría diferencia con las reglas -, los implícitos son “extraídos a partir de disposiciones expresas del ordenamiento, como racionalización [...] de las mismas”.¹²

Ahora bien, la individualización de similitudes y diferencias entre los diversos objetos comparados exige un *método*.¹³

Comparado”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, año XLIV, Enero – Diciembre de 1980, p. 208: “[...] cada sistema se nutre de varias fuentes, que realizan un aporte conjunto para darle una fisonomía global. Entre esas fuentes la norma legal es, sin duda, la más importante en nuestro sistema jurídico; pero no es la única”. Por su parte, Sacco, Rodolfo – Rossi, Piercarlo, *Introduzione al Diritto Comparato*, en *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da Rodolfo Sacco, Sesta Edizione, Utet Giuridica, Milano, 2015, p. 57, señalan que con la expresión *formantes* de un ordenamiento jurídico se indica a los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, en el ámbito ese ordenamiento, contribuyen a generarlo, en un lugar y momento determinados. En los ordenamientos contemporáneos, refieren estos autores, los formantes principales son: la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Por su parte, Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado 1 La ciencia y el método*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016, p. 135, señala que la comparación “no puede limitarse a comparar sólo las leyes o sólo las decisiones jurisprudenciales sin el conocimiento de los datos ofrecidos por el contexto; como por ejemplo, las tendencias de la jurisprudencia; las diversas concepciones a las que la jurisprudencia está sujeta, o las orientaciones dominantes en la doctrina”.

10 Seguimos la distinción de Ruíz Marero, Juan, “Principios jurídicos”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia*, Edición de Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., Madrid, Coedición Ed. Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 151.

11 Ruíz Marero, “Principios jurídicos”, op. cit., p. 152.

12 Ruíz Marero, “Principios jurídicos”, op. cit., p. 152.

13 La literatura científica ha debatido sobre si el Derecho Comparado es un *método* para la investigación jurídica en general o, por el contrario, si constituye un saber disciplinar *autónomo*. Indudablemente que, para quienes el comparatismo no es otra cosa que la introducción del método comparado en el estudio del derecho, se tratará de un simple – aunque utilísimo – *método*. Esta postura no deja de tener su fundamento. En efecto, el comparatismo constituye “un mecanismo apriorístico habitual de la práctica del conocimiento y posee una decisiva universalidad que atañe tanto a sus principios, en el sentido de modalidad mental, como a su efectivo desenvolvimiento en el campo general de las ciencias” (cfr. Aullón de Haro, Pedro, “Metodologías y comparatismo”, en Aullón de Haro, Pedro [editor], *Metodologías comparatistas y Literatura comparada*, Madrid, Ed. Dykinson, 2012, p. 15). Sin embargo, tampoco puede soslayarse la existencia de una conexión fuerte entre el uso de una metodología y la construcción de una ciencia. Por eso, ser ciencia “significa tener la capacidad para usar un método para perseguir ciertos fines, tanto teóricos como prácticos, organizando la materia e individualizando los objetivos de esa actividad” (Pegoraro, *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 65). Desde esta perspectiva, la

¿Cómo se estructura este método?

Siguiendo a Constantinesco el proceso metodológico se estructura a través de *tres* fases: “La primera fase, la del análisis, comprende todos los pasos que son necesarios para llegar al *conocimiento* del elemento de comparación. La segunda fase se integra con todos los pasos metodológicos necesarios para *comprender* estos conceptos en el marco del ordenamiento jurídico de que se trata. Por último, la tercera etapa, la de síntesis, contiene todos los pasos que el comparatista debe dar para la real comparación, es decir, para aclarar las relaciones que haya entre los elementos de comparación pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos”.¹⁴

En lo que sigue caracterizaremos sintéticamente cada una de estas etapas.

a) La primera etapa del proceso comparativo exige que el investigador examine el elemento de comparación “según las fuentes, con los medios, en el espíritu y a través de la óptica del ordenamiento a que dicho elemento pertenece”.¹⁵ Este tramo inicial requiere una serie de recaudos.

Por una parte, es necesario que las fuentes (reglas y principios jurídicos que integran el ordenamiento extranjero), en que el comparatista base su estudio, resulten fidedignas. Indudablemente, uno de los obstáculos que suelen visualizarse, con relación a esta exigencia, se refiere a la terminología jurídica¹⁶ y a la traducción de textos, cuando éstos estén redactados en una lengua distinta a la del investigador. En rigor, aun cuando se trate de la misma lengua, la cuestión tiene cierta vigencia ya que, la circunstancia de que dos o más países tengan idiomas similares no significa que cuenten con una paridad en sus vocablos. “La semejanza de términos es una cuestión lingüística y terminológica entre sociedades y naciones, aún en aquéllas con idiomas análogos. La disparidad puede dar lugar a un diferente uso y entendimiento de una idea común”¹⁷.

Con todo, los mayores problemas surgirán cuando se trate de fuentes en otro idioma. En este sentido, algunos autores han señalado que el comparatista no puede “servirse sólo de las traducciones. Es imposible emprender investigaciones (...) comparativas sin conocer la lengua y la terminología jurídica

naturaleza científica de la disciplina parece natural. Con gran amplitud al respecto, cfr. Pegoraro, *Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 45/65.

14 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 91.

15 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 101.

16 Expresaba Martínez Paz, Enrique, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Córdoba, Ed. Litvack, 1946, p. 376: “En todos los pueblos en los que se ha desarrollado una vocación jurídica ha sido condición de su ejercicio la posesión de un lenguaje jurídico”.

17 Mancera Cota, Adrián, “Consideraciones durante el proceso comparativo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°121, Enero de 2008, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 237. Como lo sostiene Sacco, Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 19: “La coexistence de deux langages juridiques dans une seule langue n'est pas un fait rare. Le langage juridique du Québec n'est pas nécessairement le langage juridique des Français, surtout dans la mesure où le législateur peut choisir lui-même son vocabulaire”.

correspondientes”¹⁸. Tal recomendación es, desde luego, muy saludable.¹⁹ En efecto, si la cultura jurídico penal alemana ha conseguido el renombre mundial que tiene, una de las razones (desde luego, no la única) que lo explica se debe a la variedad de conceptos que han creado y a la utilización de reglas específicas y principios. El lenguaje del sistema tripartito: *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit*, *Schuld* (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) ha repercutido también en otros muchos países que han seguido el modelo alemán. Para ello los juristas de aquellos otros países “han tenido que crear conceptos en sus respectivos idiomas para expresar los principios de la doctrina alemana”²⁰. Sin embargo – señala Fletcher – esto no ha sido fácil hacerlo en inglés. Así, por ejemplo, en inglés “no existe un término preciso para traducir el alemán *Tatbestand*, que significa el supuesto de hecho del delito. La idea tras el término es que hay un núcleo de elementos que fundamentan la inculpación del acusado, mientras que los exculporios se ubican entre las causas de justificación y de exculpación. La expresión ‘elementos del delito’²¹ no refleja correctamente el sentido de lo que es el *Tatbestand*. El *Model Penal Code* utiliza esta expresión para incluir en ella todos los elementos que posibilitan la convicción, incluida la ausencia de eximentes”.²²

En segundo término, consideramos que el elemento de comparación “debe ser analizado en la complejidad y en la globalidad de las correspondientes fuentes jurídicas”²³.

Ciertamente, el texto legal no agota este análisis; no sólo porque existen sistemas jurídicos en donde aquél no tiene tanta significación (por ejemplo, en el *common law*), sino porque, aun cuando los ordenamientos cotejados pertenezcan al ámbito romano germánico (en donde sí se verifica una primacía de la ley), la comparación no puede prescindir del valor de la jurisprudencia u otras fuentes.

En efecto, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia puede ser *creadora* o *modificatoria* de determinadas reglas. Si bien este aspecto es más visible en el

18 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 111.

19 Y de hecho, la literatura científica ha demostrado los problemas que pueden derivarse de una traducción inapropiada. Así, por ejemplo, ver las agudas reflexiones que realiza respecto a la traducción española de la expresión *aestus*, tanto en el *Codex Iuris Canonici* de 1917 como en el de 1983, Castex, Mariano N., *La conducta pasional en el injusto penal canónico. Graduación de culpabilidad. Relación entre el derecho Penal Canónico y el Derecho Penal Comparado*, 2ª Edición, Buenos Aires, Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2004, pp.63/65.

20 Fletcher, Geroge P., *Gramática del Derecho penal*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2008, p. 207.

21 *Element of an offense*, según lo define el párrafo 1.13 (9), (10), del *Model Penal Code*.

22 Fletcher, *Gramática del Derecho penal*, op. cit., p. 207. Algunas dificultades terminológicas y de traducción jurídica entre el español y el alemán son puestas de manifiesto por Rodríguez Devesa, José María, “El Derecho comparado como método de política criminal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 1, Madrid, 1979, p. 8 y ss.

23 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 121.

Derecho privado, el sistema penal muestra algunos ejemplos; especialmente cuando la interpretación judicial resulte *in bonam partem*²⁴.

A título ilustrativo, en Argentina, la doctrina de la insubsistencia de la acción penal ha sido un desarrollo jurisprudencial elaborado por la Corte Federal, a partir del precedente “Mozzatti”.²⁵ Esta doctrina conduce a la desvinculación del imputado, como un resguardo de la garantía procesal que tutela a la persona investigada por un delito frente a la duración irrazonable del proceso, *aunque no se haya producido la prescripción de la acción*.²⁶ Es indudable que el comparatista extranjero que pretenda analizar las reglas que rigen el instituto de la extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo en nuestro país, no le bastará con correlacionar los textos del Código penal que regulan la prescripción (su cómputo, suspensión e interrupción), sino que, además, deberá integrar su indagación con esta creación jurisprudencial que produce un efecto de cancelación del proceso por el transcurso del tiempo, aún cuando, en puridad legal, no pueda equipararse a la prescripción.²⁷

La tarea de comparación debe tener en cuenta la jerarquía de las fuentes jurídicas del ordenamiento que analiza²⁸. Al respecto señala Constantinesco que al comparatista “que examine un elemento de comparación no le basta con saber cuáles sean las fuentes del derecho de que se trata, sino también qué valor y qué función tengan en la elaboración de la regulación legal. La multiplicidad de fuentes lleva a una jerarquía, y la exige forzosamente. Es claro que las fuentes jurídicas no pueden tener la misma importancia ni la misma jerarquía en la elaboración de la norma jurídica”²⁹.

El investigador debe evitar generalizaciones inapropiadas; aun cuando los sistemas que analice se caractericen, por ejemplo (como sucede con los ordenamientos iberoamericanos), por el predominio de la ley y por un orden jerárquico, dentro del concepto de ley, como principal fuente jurídica.

24 El principio de legalidad penal veda que se realicen interpretaciones ampliatorias del tipo. En tal caso se trataría de una aplicación o integración analógica *in malam partem*.

25 Señala Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Bs. As., Ed. Ad – Hoc, 2002, p. 264, que esta decisión de la Corte “carece de anclaje jurídico”.

26 De la Rúa, Jorge – Tarditti, Aída, *Derecho penal. Parte general*, Tº II, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2014, p. 434 y n. 82.

27 De la Rúa – Tarditti, *Derecho penal...*, op. cit., Tº II, p. 433: “Si bien está fuera de toda discusión que la prescripción es un límite temporal para la persecución penal, no debe identificarse con que su fundamento es el plazo razonable de duración del proceso penal”. Resulta necesario recordar que, en el sistema legal argentino, los plazos legales de prescripción de la acción no necesariamente coinciden con el tiempo cronológico. Puede suceder que éstos resulten existencialmente superiores a aquéllos en función de la verificación de causales de interrupción que operen sobre el instituto extintivo. De allí que, para resguardar la garantía de razonable duración del proceso penal, se haya terminado por elaborar la mencionada doctrina de la insubsistencia.

28 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 138.

29 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 138.

Así, quién indague sobre la prioridad de las fuentes en el ordenamiento argentino no podrá dejar de tener en cuenta que, si bien los tratados internacionales de integración son superiores a las leyes, una eventual norma comunitaria no podrá desconocer principios establecidos en otros tratados internacionales que han sido constitucionalizados (v.gr. Convención Americana de Derechos Humanos). La cuestión no es baladí. El comparatista que, por ejemplo, esté interesado en determinar si los artículos 3 y 4 del Protocolo de Fortaleza,³⁰ una vez conformado el Comité de Defensa de la Competencia del Mercosur, tornan factible la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, no puede ignorar que, en Argentina, existe un fuerte condicionamiento para que ello sea posible en la medida que, el principio de culpabilidad – reconocido en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales constitucionalizados –, tiene una jerarquía normativa superior al precepto comunitario.³¹

Para conocer el elemento de comparación, el comparatista debe utilizar los métodos de interpretación jurídicos propios de los juristas locales al que pertenece la regla o principio que se examina.³²

El comparatista, por lo tanto, no realiza una interpretación propia. Cuanto más, si la norma es susceptible de diversas interpretaciones por parte de los investigadores locales, aquél deberá inventariarlas a todas. No hay duda que, tal actitud, en ocasiones, puede llevar a la conclusión de la existencia de incoherencias en el sistema que se analiza, al convivir proposiciones interpretativas distintas respecto a una única fuente legal.³³ Sin embargo, tal constatación puede “ser signo del emerger de una presión social o doctrinal tendente a modificar la función de la

30 El Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur dispone en su artículo 2º: “Las reglas de este Protocolo se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”. Por su parte, el artículo 4º preceptúa: “Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes”.

31 Al respecto, cfr. Cesano, José Daniel, “La responsabilidad penal de la persona jurídica y el derecho comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2º y 4º del protocolo de defensa de la competencia de Mercosur)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc/Mes 1, Madrid, 2004, pp. 387-402.

32 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 147: “Si partimos de que el objetivo del comparatista en esta fase es el de obtener un conocimiento tan amplio y exacto como sea posible, del elemento de comparación, debe necesariamente exigirse que el método de interpretación jurídica sea precisamente aquel que emplean los juristas nacionales en el examen del mismo problema”.

33 En palabras de Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)”, Michigan, *American Journal of Comparative Law*, (2), 1991, p. 343: “The ‘legal formants’ of a system of law are never in complete harmony”.

norma”³⁴ y, por ende, constituir un dato objetivo que debe integrar la descripción del elemento de comparación.

b) La segunda fase del proceso comparativo está representada por la **comprensión** del elemento de comparación. Esta etapa presupone una actividad mucho más compleja que la de su conocimiento; ya que exige que el elemento de comparación se reinserte en el ordenamiento jurídico al que pertenece y que se indaguen las relaciones entre ambos. El comparatista “debe conocer los elementos determinantes que sean fundamentales para el ordenamiento jurídico, tan bien como los elementos extrajurídicos que conforman el medio político, económico y social”.³⁵

Dicho en otros términos: no es suficiente con que el investigador conozca el elemento de comparación, **tal como es**, de acuerdo a las técnicas y métodos interpretativos propios de los juristas locales, sino que, además, es menester que tome en cuenta la correlación que existe entre derecho y sociedad; porque para lograr “el exacto entendimiento de un sistema jurídico debe analizarse [también] la sociedad bajo estudio”.³⁶

Esto requiere de una agenda renovada, con una metodología especialmente atenta a los **contextos extra-normativos**; lo que, a su vez, necesita de un programa de investigación esencialmente **interdisciplinario**.³⁷

c) Finalmente, en una tercera fase de este proceso, el investigador habrá de comparar metódicamente todos los aspectos de los elementos de comparación. En este momento la indagación busca, al menos, un triple cometido: “El primero es la determinación y la clarificación de todas las relaciones entre los elementos de comparación, es decir, de todas las diferencias y semejanzas”³⁸. El segundo objetivo “consiste en la valoración de las relaciones descubiertas [...]. El tercer objetivo consiste en descubrir las conexiones entre estas relaciones”.³⁹

Precisamente es esta etapa la que permite diferenciar una exposición de derechos extranjeros de un verdadero trabajo de comparación. No se hará derecho comparado, sino solamente un estudio de derecho extranjero, si la indagación se limita a la acumulación de principios concernientes a varios sistemas penales. Por el contrario, “se procederá comparativamente cuando la investigación tenga por objeto exponer las relaciones existentes entre varios sistemas represivos. Para que esta investigación tenga valor científico **debe perseguir una trascendencia explicativa**, y no limitarse a una labor puramente informativa o descriptiva. El

34 Ajani – Anderson – Arroyo Amayuelas – Pasa, *Sistemas jurídicos comparados...*, op. cit., p. 38.

35 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 159.

36 Mancera Cota, “Consideraciones durante...”, op. cit., p. 240.

37 La necesidad del enfoque interdisciplinario es enfatizada por Pegoraro, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 150 y siguientes.

38 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 195. Se trata de un propósito u objetivo esencialmente explicativo, en donde se indica cómo y en qué detalle son similares o diferentes los sujetos comparados (cfr. Mancera Cota, “Consideraciones durante...”, op. cit., p. 229).

39 Constantinesco, *Tratado de Derecho Comparado...*, op. cit., Vol. II, p. 195.

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*.⁴⁰

II.- La necesaria interdisciplinariedad metodológica del Derecho Penal Comparado

El comparatista, según lo ya expresado, cuando analiza las reglas y principios jurídicos, como componentes de los ordenamientos que confronta, debe valerse de los métodos de interpretación jurídicos propios de los juristas, a cuyos sistemas corresponden los elementos de comparación.

En el caso del Derecho penal, por ejemplo, se advierte cierto predominio de la dogmática jurídica, como método de interpretación de este subsistema normativo. Dicho método, en su perfil epistemológico original, responde a una matriz proveniente de la ciencia jurídica alemana; aunque, con el tiempo, ganó predicamento en el resto del Derecho continental Europeo y en las academias latinoamericanas.⁴¹ Ciertamente, no es posible equiparar esta gravitación respecto de otras familias jurídicas occidentales, como sucede con el *common law*. Sin embargo, aún con respecto a esta última familia, pueden apreciarse ciertas aproximaciones. En este sentido, se señala que el valor actual de la dogmática penal “es reconocido en particular por algunos de los modernos autores penales anglosajones”⁴² y, desde luego, por las instituciones penales europeas, que utilizan y validan en mayor o menor medida sus categorías técnico – jurídicas.⁴³

Por eso, aunque sintéticamente, es necesario detenernos en este concepto.

¿Qué se entiende por método dogmático?

Podría decirse que la dogmática jurídica aglutina a aquellas indagaciones que tienen por objeto describir, a través de la interpretación y sistematización, un derecho positivo vigente. Así, la dogmática busca esclarecer qué es lo que dice el

40 Herzog, Jacques - Bernard, “Los principios y métodos del Derecho Penal Comparado”, *Revista de Derecho*, Concepción, Universidad de Concepción, Año XXXIX – N° 155 – Enero – Abril de 1971, p. 47. En sentido coincidente se pronuncian Zweigert, Konrad – Kötz, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, México, Oxford University Press, 2012, p. 52: “En realidad el comparatista ocupa una posición inmejorable para conducir sus investigaciones con ojo crítico. Si él no lo hace, nadie más lo hará; y si nadie lo hace, el derecho comparado merecerá el acerbo calificativo que aplicó Binder a ‘una actividad consistente en apilar bloques de piedra que nadie utilizará con fines de construcción’”.

41 Sobre el predominio de la dogmática en Argentina, cfr. Cesano, José Daniel, “Redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900–1950)”, en *Rechtsgeschichte, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Rg.20, 2012, pp. 156 – 169. Para el caso de Chile, cfr. Matus Acuña, Jean Pierre, *Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Penal Chilena. Recepción de la dogmática alemana en Chile desde 1940 hasta hoy*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2012.

42 Bernal del Castillo, Jesús, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Ed. Atelier, 2011, p. 43.

43 Bernal del Castillo, *Derecho penal comparado...*, op. cit., p. 43.

derecho vigente, cuál es su sentido⁴⁴. En esa dirección, una investigación clásica en esta disciplina, indica que el objeto de la dogmática “es, sobre todo, (...) determinar el contenido de la proposición jurídica para ver qué casos concretos de la vida son subsumibles en ella”.⁴⁵

Existe cierto consenso respecto a que la dogmática jurídico – penal define el campo semántico de los conceptos jurídicos al fijar el significado que debe darse a los términos legales que fundamentan la imposición de deberes jurídico – penales. Esta asignación de sentido se efectiviza a través de un proceso de **argumentación** que se vincula con la letra de la ley, en una relación o nexo de suficiencia normativa.⁴⁶

Este proceso argumentativo se integra por un doble plano de justificación: **interna** – por medio de la cual se trata de ver si el argumento se sigue lógicamente de las premisas aducidas como fundamentación – y **externa** – al evaluar la corrección de aquellas premisas –.⁴⁷ En el ámbito de la justificación externa, uno de los problemas más significativos es el relativo a **la interpretación** de la norma o las normas que han de aplicarse al caso;⁴⁸ en donde cobran relevancia, como herramientas de análisis, los distintos cánones interpretativos (semántico, histórico, sistemático, teleológico, etcétera).⁴⁹

Ahora bien, si para el conocimiento de los elementos de comparación el investigador debe valerse del método propio de los juristas locales – lo cual, tratándose de la ciencia jurídico penal supone un conocimiento de las herramientas dogmáticas, tal cual lo bosquejamos recién –, lo cierto es que en el proceso de comprensión de aquel elemento, el comparatista no puede ignorar los aportes de otros campos disciplinares. La razón de esto es sencilla: en ningún caso el comparatista podrá reducir su tarea a los razonamientos analíticos y ordenadores

44 Bernasconi Ramírez, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, *Revista de Derecho*, Vol. XX, N°1, Valdivia, 2007, p. 11.

45 Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Ed. Tecnos, 1999, p. 44.

46 Robles Planas, Ricardo, “La identidad de la dogmática jurídico – penal”, *Revista de Derecho Penal. Imputación, causalidad y ciencia – II*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010, pp. 183/184.

47 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 213/214.

48 Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ed. Ariel, 1999, p. 129.

49 Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 226. El modelo dogmático, indudablemente, resulta **insuficiente** para resolver numerosos problemas prácticos que reclaman atención. Por eso, aún cuando con cierta lentitud en los ámbitos académicos argentinos, se va imponiendo un modelo dogmático integrado. En efecto, en investigaciones anteriores hemos señalado que la metodología jurídico penal debe identificarse “con una **dogmática abarcadora** (en el sentido que se proyecte tanto respecto del concepto de delito, como de las figuras en particular y las instituciones propias de la pena); que tienda puentes con otras disciplinas no jurídicas; que se vincule, claramente, con un programa interdisciplinario para la indagación del fenómeno jurídico [...]” (cfr. Arocena, Gustavo A. – Cesano, José Daniel, *Hacia una metodología integral de las ciencias penales*, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2016, pp. 28/29).

propios del dogmático; simplemente porque la comparación es una disciplina que también se integra – y muy especialmente – con contenidos fundados en la observación del modo concreto de funcionamiento, en los diversos sistemas, de las reglas y principios jurídicos.⁵⁰ En este sentido, respecto del Derecho comparado, es innegable que “la interdisciplinariedad es piedra angular”.⁵¹ Aquí nos detendremos, especialmente, en las intersecciones con la *historia jurídica* y la *antropología jurídica*.

En orden a la historia jurídica existen perspectivas investigativas que tienden a ocuparse de las reglas jurídicas que comparan sin tener en cuenta las razones históricas que las hace distintas. Tal actitud es, como lo señala James Gordley, indudablemente *desafortunada*.⁵² Es que, las diferencias o similitudes entre las reglas jurídicas no pueden explicarse ciegamente, con abstracción a los contextos en que cada una ha surgido.

Al menos existen *dos ámbitos* en donde se pueden visualizar *las utilidades* entre estos contactos (historia jurídica / derecho comparado).

En primer término, no puede soslayarse que el derecho positivo adquiere su estructura y fisonomía *con el tiempo*. Lo dicho no significa que el Derecho comparado deba ocuparse de cotejar ordenamientos en la diacronía. Se trata de analizar sistemas sincrónicos⁵³. Sin embargo, no es menos cierto que para explicar y valorar las particularidades que caracterizan a cada ordenamiento, es muy útil captar y sopesar cómo se estructuraron *temporalmente* sus reglas concretas.

Veamos algunos ejemplos.⁵⁴

Quien se interese por el Derecho penal económico y quiera efectuar un estudio comparativo respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas entre Argentina y España, no podrá dejar de valorar que las normas jurídicas que pretenden introducir, en nuestro ámbito cultural (Argentina), reglas relativas a la

50 Sacco – Rossi, *Introduzione al Diritto Comparato*, op. cit., pp. 62/63.

51 Morán, Gloria M., “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 6, 2002, p. 508.

52 Como lo demuestra Gordley, James, “Comparative Law and Legal History”, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, editado por Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard, Oxford University Press, 2006, p. 753 y ss.

53 Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987, p. 81. De la misma opinión, Pegoraro, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 158. En nuestro ámbito cultural, tempranamente, también lo advirtió Martínez Paz, Enrique, *Introducción al estudio del Derecho Civil Comparado*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1934, p. 133, quien, sin desconocer el valor de la historia jurídica para el comparatista, señaló: “Desde luego, el territorio propio del derecho comparado no es otro que el de los derechos vigentes”.

54 Nuestros ejemplos se vinculan con la historia jurídica reciente. En tal sentido, aun cuando se señalan ciertas dificultades para la reconstrucción historiográfica de eventos recientes, también se admite que tales estudios “pueden revelarse útiles, o asimismo, indispensables para la comprensión de los fenómenos jurídicos” (cfr. Pegoraro, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 158).

imputación penal a las corporaciones,⁵⁵ respondieron a razones diversas de aquéllas que determinaron la decisión del legislador español. En efecto, uno de los factores que gravitaron para la modificación, en esta materia, del Código penal argentino, estuvo representado por la presión de agencias financieras internacionales (v.gr. GAFI) que reclamaban – insistentemente y sin concesiones – la inclusión de preceptos, en esta dirección, por parte de la legislación doméstica⁵⁶. De allí que la regulación primigenia (la aludida ley 26.683) sólo se refiriese al delito de blanqueo de capitales y lejos estuvo de significar la adopción de un programa integral en relación a este punto. De allí, también, que la estructura legislativa que se cristalizó en Argentina adolezca de innumerables defectos técnicos y se caracterice por su fragmentariedad. Si ahora reparamos en el ordenamiento español, podremos observar que la regulación del instituto a través de la ley orgánica N° 5/2010 (artículo 31 bis y siguientes, C.P.) respondió a una meditada estrategia, enmarcada dentro de una orientación político criminal que, sobre la base de un diagnóstico maduro de la cuestión y ante la ineficacia de otros medios punitivos (v.gr. Derecho penal administrativo), diseñó una respuesta institucional que, aunque perfectible, estuvo dotada de coherencia sistemática⁵⁷.

Si, continuando con la ejemplificación, pretendemos analizar comparativamente algunos fenómenos de *sobrecriminalización*⁵⁸ que, desde hace varias décadas, vienen caracterizando a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, para lo cual cotejamos las escalas penales respecto de algunas formas delictivas previstas en el Código penal argentino (v.gr. delitos contra la vida y la integridad corporal) y las establecidas en otras legislaciones, en el primer lustro de este siglo, el investigador no deberá omitir indagar el fenómeno del expansionismo penal que tuvo lugar en Argentina, durante esos años, como consecuencia de la presión social ejercida por diferentes grupos (particularmente, asociaciones de víctimas) y los discursos de los *mass media*⁵⁹.

55 Por ejemplo la ley de reforma al Código Penal argentino N° 26.683.

56 Cesano, José Daniel- Fortete, César, *Problemas actuales del Derecho Penal Económico*, Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2012, p. 89.

57 De hecho, cuando se presentó esta reforma al parlamento junto al Proyecto de Ley Orgánica (con su Exposición de Motivos y su texto articulado), también se presentó la “Memoria justificativa” y la “Memoria Económica”. Si bien es cierto que alguna doctrina científica cuestionó, por su parquedad, la denominada “Memoria Económica” (cfr. Rodríguez Fernández, Samuel, “Evaluación legislativa en España: su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reformas penales”, en Nieto Martín, Adrián – Muñoz de Morales Romero, Marta – Becerra Muñoz, José [dirs.] , *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2016, pp. 129, 132 y ss.), es indudable que, al menos comparativamente, los proyectistas españoles siguieron algunos protocolos para la evaluación legislativa; actitud que no se encuentra en los movimientos convulsivos que vienen caracterizando al actuar de los legisladores argentinos.

58 Sobre este concepto y sus implicancias, cfr. Husak, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013.

59 Al respecto, cfr. Cesano, José Daniel, “Discursos de emergencia y política criminal: Tendencias de la política criminal Argentina en los albores del siglo XXI”, *Cuadernos de Política Criminal*, Segunda Época, Madrid, Ed. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, N° 86, 2005, p. 202 y ss.; Cesano, José Daniel, *Diálogos y*

Otro de los ámbitos en donde se puede visualizar la importancia del diálogo entre derecho comparado e historia jurídica se vincula con los complejos procesos de trasplante y recepción de normas jurídicas extranjeras en un determinado país.

El comparatista, por ejemplo, que pretendiese sistematizar la estructura normativa del delito en los países iberoamericanos, no puede desconocer que la codificación, en este ámbito cultural, acudió, una vez acallados los ecos de las guerras intestinas que asolaron a los distintos países de la región hasta mediados del siglo XIX, a modelos extranjeros; particularmente españoles y, en menor medida, franceses; en tanto que, hacia finales de aquel mismo siglo, comenzó a advertirse, también, la influencia italiana.⁶⁰ Tampoco podrá ignorar los efectos del trasplante de las ideas provenientes de la dogmática alemana que, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX, se proyectó sobre la doctrina científica de los países de esta región.

¿Por qué la historia jurídica es útil en este aspecto?

Porque las indagaciones que realiza permiten visualizar cuestiones tales como: a) la posición asumida por las culturas jurídicas frente a los elementos exógenos, en orden a su grado de apertura y capacidad de integración; b) las intrincadas relaciones de los flujos jurídicos que discurren, en cada caso o situación, entre una comunidad emisora o generadora y otra que hace las veces de receptora y c) las razones por las cuales algunos elementos de un cierto sistema circulan y otros no.⁶¹ Todos estos aspectos resultan de gran significación para comprender el elemento comparativo y exigen una especial sensibilidad en el investigador, en particular para desentrañar los *canales de difusión*⁶² por los que discurren los conceptos e ideas jurídicas.⁶³

préstamos: La historia del sistema penal como un espacio de investigación compartido. Ensayos metodológicos para la reconstrucción historiográfica del pasado 1880 – 1950, Resistencia, Ed. ConTexto, 2015, p. 23 y ss.; Fortete, César - Cesano, José Daniel “The role of victimization, punitive attitudes and Mass Media in Criminal Reforms in Latin America”, en Kury, Helmut – Shea, Evelyn (Eds.), *Crime and crime policy. Kriminalität und Kriminalpolitik*. Vol. 8-2, 2011, Bochum, Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 2011, 72/79.

60 De la Rúa, Jorge, *La codificación penal latinoamericana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 26/27.

61 Al respecto, Abásolo, Ezequiel, “Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX”, en Abásolo, Ezequiel (Dir.), *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, 1ª ed., Bs. As., Instituto de Investigaciones Históricas, 2014, pp. 19/21.

62 La circulación de ideas depende de muy variados factores. Entre ellos se debe prestar atención a la educación jurídica. La formación de juristas en academias extranjeras, la movilidad de intelectuales provenientes de círculos culturales diversos, puede ayudar a comprender estos fenómenos de difusión. Al respecto, cfr. Spamann, Holger, *Contemporary Legal Transplants - Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law*, 2009 *BYU L. Rev.* 1813 (2009), pp. 1842, 1844 y ns. 91 y 101. Disponible en: <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2009/iss6/11>. Accedido: 27/6/2017.

63 Incluso, en ocasiones, resulta útil indagar como, ciertos estudios iuscomparados, fueron útiles en los procesos de configuración de un determinado derecho. En tal sentido, resulta

La antropología jurídica también es de singular utilidad en la tarea del comparatista.⁶⁴

Como valoración general, puede decirse que esta disciplina “representa la clave de lectura esencial para comprender los fenómenos de la sociedad basados en concepciones *no occidentales del derecho*”.⁶⁵ Así, quien pretenda realizar una tarea de macrocomparación, conformando su elemento comparativo con sistemas pertenecientes a la familia de derechos islámicos, deberá, necesariamente, integrar su análisis con un profundo conocimiento en relación a la *sharía*⁶⁶. Precisamente éste constituyó uno de los primeros ámbitos de articulación entre la antropología jurídica y nuestra disciplina, a partir de que los antropólogos comenzaron a percatarse del carácter inadecuado del aparato conceptual tradicionalmente empleado en las investigaciones sobre los ordenamientos occidentales respecto de los estados pertenecientes a otros espacios culturales. De esta manera, “se pudo comprender el fenómeno de la estratificación jurídica típica de los sistemas en los cuales ciertas mutaciones importantes se presentaron durante un período de tiempo relativamente breve: como muchos derechos africanos afectados por la colonización, en los cuales se encuentran, junto con un estrato tradicional consuetudinario típico de las sociedades de poder difuso y un estrato religioso de raíz islámica, un estrato colonial constituido por el derecho de los países

de gran valor el trabajo de Salerno, Marcelo Urbano, “La legislación comparada del señor Seoane, fuente del código civil argentino”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Volumen 20, Bs. As., Imprenta de la Facultad, 1969, pp. 311/318.

64 Resulta interesante, al respecto, lo señalado por Rodolfo Sacco: “Una dimensione importantissima della scienza giuridica è la demologia, il ‘folk law’, scienza che studia il diritto sommerso: e cioè il diritto di una etnia subalterna, praticato (e anche garantito, imposto coattivamente) all’insaputa e contro la volontà degli organi dello Stato. Nel mondo, la pratica di un diritto sommerso è diffusissima. Gli Inuit del Canada, gran numero di precolombiani di tutte le Americhe, perfino etnie immigrate in America, gli Aborigeni dell’Australia, i musulmani dell’ex Unione sovietica praticano ognuno il proprio diritto ancestrale, ignorando o contestando il diritto dello Stato. E soprattutto i paesi asiatici e africani in cui l’attrazione europea o la colonizzazione hanno introdotto modelli romanisti o inglesi vedono bipartirsi il loro diritto in un ordinamento occidentale (che opera nel ramo amministrativo commerciale e penale) e un ordinamento ancestrale (che opera nel ramo civilistico). In molti paesi, solo il primo è riconosciuto, in altri si è proceduto alla rivalutazione del secondo, il diritto islamico è sommerso qua e là dal diritto occidentale, ma si vendica in altri paesi, in cui esso è diritto dello Stato e sommerge il diritto ancestrale” (cfr. Sacco, Rodolfo, *Che cos’è il diritto comparato*, a cura di Paolo Cendon, Milano, Giuffrè Editore, 1992, pp. 66/67). También, con gran amplitud, cfr. Sacco, Rodolfo, *Antropologia Jurídica. Contribuição para uma macro – história do Direito*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2013, pp. 3/99.

65 Pegoraro, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 163. Geertz, Clifford, *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Madrid, Ed. Paidós, 1994, p. 246, destaca el valor de la antropología como herramienta de “traducción cultural” del derecho.

66 La *sharía* es la Ley islámica. Como todas las religiones reveladas, el islam lleva consigo unas reglas, una serie de prescripciones y prohibiciones y una Ley con mayúscula porque es de inspiración divina. Sin embargo, como lo señala Dupret, Baudouin, *La sharia*, Barcelona, Bellaterra Ediciones, 2015, p. 20, “[...] esta afirmación no nos lleva muy lejos. Queda por saber cuáles son las fuentes de las que deriva esa Ley, cuál es su jerarquía, cuáles son las interpretaciones, cómo es utilizada por los eruditos y los creyentes y, sobre todos, qué formas puede tomar en el siglo XXI”. El comparatista que se aproxima a estos derechos islámicos deberá ocuparse, entre muchos otros, de tales interrogantes.

occidentales ocupantes y un estrato post – colonial, también modelado por el derecho de los países occidentales”.⁶⁷

Sin embargo, actualmente, junto con esta articulación, existe otro importante punto de contacto.

En efecto, uno de los usos que de la antropología cultural puede hacer hoy el comparatista se vincula con el tratamiento de la *diversidad cultural* que caracteriza nuestras sociedades pluriculturales o, incluso, plurinacionales.⁶⁸

La coexistencia, en un mismo Estado, de grupos que conservan su tradición jurídica (*v.gr.* pueblos originarios), suele poner en tensión la norma de la cultura codificadora, al visibilizar lagunas normativas en relación a la problemática especial que puede generar, en determinados casos, la comisión delictiva por parte de un miembro de aquella comunidad; o ciertos déficit, por parte de la norma estatal (*v.gr.* alcances del error, de las circunstancias justificantes, etcétera).⁶⁹ En tal caso, la Antropología “enseña al jurista el modo según el cual la dinámica de la

67 Somma, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho Comparado*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 103. Rodolfo Sacco, explica la situación que describimos en el texto a partir de una propia vivencia: “En 1969 dominaba dos sectores de la Comparación: el área romanista y el socialista. Creía también necesario deber dedicarme al estudio detallado de los sistemas de *Common Law*. El destino quiso, sin embargo, que partiera a Somalia, a presidir la naciente facultad de Derecho, donde se hablaba italiano. Debía enfrentar grandes problemas, que nadie había previsto. Primariamente: ¿qué Derecho se debía enseñar? Los docentes conocían sólo el Derecho italiano, podían informarse sin mayor dificultad sobre el Derecho somalí escrito, pero no sobre el Derecho tradicional. [...] Me encontraba en presencia de un Derecho formado por cuatro estratos sobrepuestos y cada estrato influía sobre los otros, modificándolos. Existía un estrato tradicional –el *xeer*– que era juzgado, además que por los jueces de Estado, por autoridades tradicionales no reconocidas, pero tampoco prohibidas por el Estado. Existía un estrato islámico, objeto de impresionantes deformaciones locales. Existía un estrato, compuesto por leyes escritas, implantado por británicos e italianos durante el período colonial. Existía, luego, el estrato creado en el período posindependencia, compuesto por leyes nuevas. Quise entonces entender el sistema somalí y así estudié el *xeer*. Publiqué una obra sobre Derecho somalí (...). Entonces quise estudiar el Derecho africano en su totalidad, encontrando en todo lugar los cuatro estratos, con caracteres tendencialmente uniformes. El estrato tradicional me apasionó, hice investigación de campo quise saber siempre más y para saber debí proceder con los métodos del antropólogo, esforzándome por transformarme en uno de ellos” (Miguez Núñez, Rodrigo, “Comparar: Conversaciones con Rodolfo Sacco”, Santiago, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 17, diciembre de 2011, p. 215).

68 Tal como ocurre en la actualidad con la República de Bolivia. En efecto, en la segunda parte de la Constitución de este país, referida a la estructura y organización funcional del Estado, “merece destacarse el capítulo cuarto en sus artículos 190, 191 y 192, en los que se establece la jurisdicción indígena originaria campesina, reiteradamente exigida por movimientos indígenas campesinos. La existencia del pluralismo jurídico constituye todo un desafío, ya que complejiza la administración de justicia” (cfr. Bonetto, María Susana, “Bolivia: del Estado neoliberal al Estado Plurinacional”, en Bonetto, María Susana – Irusta, María Silvina [Compiladoras], *Del Estado nacional al Estado plurinacional*, Córdoba, Eduvim, 2016, p. 34).

69 Al respecto, cfr. Villegas Díaz, Myrna, “Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal”, Valdivia, *Revista de Derecho*, Vol. XXV, N° 2 – Diciembre de 2012, pp. 181/192; Cesano, José Daniel, *Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico penal*, Montevideo – Bs. As., Ed. B de F, 2015, pp. 5/78.

norma se desarrolla, incorporando a ella elementos que son extraños a la voluntad del legislador que la ha programado”.⁷⁰

⁷⁰ Sacco, en Miguez Núñez, Rodrigo, “Comparar: Conversaciones con Rodolfo Sacco”, op. cit., p. 216.