



Estado y futuro del Derecho Penal Comparado*

Kai Ambos

Revista Penal, n.º 41. - Enero 2018

Ficha técnica

Autor: Kai Ambos**

Código ORCID: 0000-0003-3597-2443

Title: Current state and future of Comparative Criminal Law

Adscripción institucional: Profesor de Derecho Penal, Procedimiento Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional (Geor-August Universität Göttingen). Juez del Tribunal Especial para Kosovo.

Sumario: I. Fundamentación: concepto e historia. 1 Concepto. 2. Historia. II. Importancia y funciones del derecho penal comparado. 1. Importancia. 2. Funciones. III. Objetivos, métodos y fundamento normativo. 1. Objetivos. 2. Métodos. 3. Fundamento normativo. IV. Situación de la investigación y enseñanza del derecho penal comparado. V. Perspectivas.

Resumen: El derecho penal comparado se encuentra ante nuevos retos, debido a la globalización e internacionalización del derecho, así como a la aparición de nuevas amenazas (terrorismo, criminalidad cibernética). Esta situación permite plantear la siguiente pregunta: ¿puede esta disciplina hacer un aporte significativo para mejorar la seguridad de los ciudadanos? Para responder a este interrogante es necesario realizar algunas precisiones fundamentales, especialmente con relación a los siguientes temas: concepto e historia del derecho penal comparado (al respecto A.); su importancia y funciones (al respecto B.); sus objetivos, métodos y fundamento normativo (al respecto C.); así como sobre el estado de la investigación y su enseñanza (al respecto D.). El análisis detallado de todos estos aspectos tendría que ser tratado en una monografía particular; por esta razón, las notas al pie del presente trabajo contienen numerosas referencias. Las alternativas y la importancia que el derecho penal comparado puede tener en el futuro (al respecto E.) dependen de la forma como se afronten los retos a los que se ha hecho alusión.

Palabras clave: derecho (penal) comparado (historia, objetivos, métodos, funciones, fundamento normativo), comparative criminal justice, comparación cultural, internacionalización, globalización

Abstract: Comparative criminal law is currently facing the new challenges posed by the globalisation and internationalisation of law on the one hand and novel threats such as terrorism and cybercrime on the other. Thus, the question arises whether it is actually possible for comparative criminal law to make a meaningful contribution to improving citizens' security? Some fundamental issues need to be clarified before this question can be answered: the concept and history of comparative criminal law (see A.), its significance and function (B.), its aims and methods as well as its normative foundation (C.), and the current state of research and teaching in the field (D.). All of these points merit further attention in their own right, and to this end references to additional literature on each topic are provided in the footnotes. The outlook for and future practical significance of comparative criminal law (E.) will depend on how the field responds to the abovementioned challenges.

Key words: Comparative (criminal) law (history, objectives, methods, functions, normative foundation), comparative criminal justice, cultural comparison, internationalisation, globalisation

Rec: 31-08-2017 **Fav:** 20-11-2017

I. FUNDAMENTACIÓN: CONCEPTO E HISTORIA

1. Concepto

Por “derecho penal comparado” se debe entender, al menos en sentido programático y si se toma en serio este concepto, la investigación comparativa del derecho penal extranjero¹, lo cual, en sentido amplio, debe comprender también al derecho procesal penal así como a la administración de justicia —en el sentido de una comparación integral de la justicia penal (“*comparative criminal justice*”)². Solo de esta manera es posible una comparación estructural tal y como se explicará más adelante. En lo que a la comparación se refiere, ésta puede tomar como base el ordenamiento jurídico propio, para valorarlo teniendo en cuenta el derecho penal extranjero; aunque los ordenamientos jurídicos objeto de análisis simplemente pueden compararse sin llevar a cabo ninguna valoración³. En todo caso, es difícil establecer un único concepto de “derecho penal

comparado”, dado que éste se adapta de forma dinámica de acuerdo con los fines u objetivos que se persiguen con cada comparación⁴. En este sentido, es posible afirmar que el derecho penal comparado se dirige de cierta manera a un “*moving target*”, por lo cual “captarlo en una definición global pero que al mismo tiempo sea específica y tenga validez general” parece “casi imposible”⁵. Además, el objeto de la comparación puede variar considerablemente⁶: es posible comparar solamente el derecho positivo —en el sentido del antiguo derecho comparado legalista (dogmático-conceptual y normativo)— o incluir también los valores que le son subyacentes; asimismo, es posible ir más allá de lo normativo y tomar como punto de referencia problemas concretos para investigar las respuestas que estos han generado —en el sentido del método funcional, aún hoy dominante—, para lo cual es posible concentrarse en los problemas sociales concretos (“*problem-solving approach*”) o incluir también en el análisis las instituciones jurídicas que se han implementado para so-

* La versión original en alemán de este trabajo será publicada en la revista *Rechtswissenschaft* de la editorial Nomos con el título “*Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung*”. Traducción al español por Gustavo Emilio Cote Barco, LLM y candidato Dr. jur. en la Universidad Georg-August de la ciudad de Gotinga (Alemania), profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia).

Nota del traductor: las citas textuales en alemán tanto del texto principal como de los pies de página han sido traducidas y la versión original se encuentra entre corchetes. Asimismo, las citas textuales en inglés que se encuentran en el texto principal también se han traducido, no así las que se encuentran en los pies de página, dada la extensión de los mismos. Tampoco han sido traducidas las citas textuales en francés. Adicionalmente, se debe advertir que el término “*Strafrechtsvergleichung*” podría ser traducido de forma literal más exactamente como “comparación del derecho penal”, lo cual permitiría expresar con mayor claridad que la expresión “derecho penal comparado”, que dicho término no designa una “rama” del derecho penal, sino más bien una aproximación metodológica a su estudio. Sin embargo, se ha mantenido la expresión “derecho penal comparado”, dado que ésta resulta más común en el ámbito hispanohablante.

Profesor de la Universidad Georg-August de Gotinga (Alemania) y juez del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya. Las opiniones expresadas en el presente trabajo corresponden a la condición de investigador del autor. Agradezco a mis estudiantes asistentes M. Nißle y J. Schlake por su apoyo en la investigación y formateo del texto.

1 Para un concepto de derecho comparado de esta clase ver en general por ejemplo *E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, en: K. Zweigert/H.-J. Putfarken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, p. 86 (“derecho comparado significa que las disposiciones jurídicas de un Estado son discutidas junto con las disposiciones de otro ordenamiento jurídico o con todos, pasados o presentes, los que sea posible. Nosotros investigamos qué preguntas son formuladas aquí y allá y cómo se responden, luego, cómo se relacionan las respuestas entre ellas”) [*Rechtsvergleichung bedeutet, daß die Rechtssätze eines Staates ... mit den Rechtssätzen einer anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und Gegenwart. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten.*]; ver también *A. Junker, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach*, JZ 1994, p. 921 (922) (Comparación como “proceso” [“Vorgang”]).

2 Fundamental *D. Nelken, Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, Los Angeles: Sage 2010. Este concepto es empleado con frecuencia para referirse a la comparación normativa del derecho penal sustancial y procesal, ver por ejemplo *E. Grande, Comparative Criminal Justice: a Long Neglected Discipline on the Rise*, en: M. Bussani/U. Mattei (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, p. 191-204; también *P. Roberts, On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice*, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002), p. 539-561 (revisando *D. Nelken, Contrasting Criminal Justice: Getting from Here to There*, Aldershot, Hants, England; Vermont, Vt.: Ashgate/Dartmouth 2006).

3 Ver *A. Eser, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, en: H.-J. Albrecht (ed.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht – Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, p. 1499 (1501).

4 Ver *A. Eser, Strafrechtsvergleichung: Entwicklung – Ziele – Methoden*, en: A. Eser/W. Perron (ed.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, Berlin 2015, p. 929 (941) con más referencias en el pie de página 7 (“el concepto depende decisivamente de la finalidad que se persiga con la comparación” [wonach das Verständnis des Begriffs “offenbar entscheidend davon” abhängt, “welcher Zweck damit gerade verfolgt wird.”]).

5 [“*fast aussichtslos*”], [“*in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen*”] *Eser, Funktionen* (nota al pie 3), p. 1500.

6 Ver también *Eser, Funktionen* (nota al pie 3), p. 1501; *Eser, Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1050-1056 con más referencias.

lucionarlos (“*functional-institutional approach*”). De hecho, las condiciones socioculturales de los ordenamientos jurídicos particulares también pueden ser objeto de comparación (“*Kulturvergleich*”). Sobre esto se volverá más adelante⁷. En consecuencia, siguiendo la definición de *Rheinsteins* aún hoy válida, es posible afirmar que el derecho comparado es “una ciencia del derecho (entendido como producto social) empírica, que investiga la correspondencia de la vida en sociedad con las normas legales”⁸, o, según una definición más reciente de *Eser*, “una comparación de diferentes derechos, científica y sistemáticamente dirigida a un objetivo específico y de acuerdo con esto metodológicamente adaptada”⁹. Por otro lado, el derecho comparado, en cuanto comparación de la justicia penal tal y como se ha entendido sobre todo en el ámbito angloamericano, se pregunta de manera más general y decididamente más empírica (en contraste con las anteriores definiciones), sobre cómo “las personas e instituciones en diferentes

lugares” tratan con “problemas de delincuencia”¹⁰, para lo cual la atención se centra la mayoría de las veces en la ejecución penal y en los operadores judiciales¹¹. Este tipo de comparación parece más adecuada que la propuesta por los enfoques tradicionales para abordar los retos a los que se ha hecho referencia.

2. Historia

La importancia del derecho penal comparado fue descubierta desde principios del siglo XIX¹². Anselm von *Feuerbach* (1775-1833) no solo se sirvió teóricamente del empirismo del método comparativo con miras a la creación de una —también históricamente orientada¹³— “*jurisprudencia universal*”¹⁴, sino que de esta misma manera utilizó el derecho procesal penal comparado en su lucha por la reforma al proceso penal, para lo cual tuvo en cuenta especialmente los desarrollos que habían tenido lugar en Francia¹⁵. Posteriormente, Karl Joseph Anton *Mi-*

7 Al respecto ver más adelante apartado C.II.

8 [“*empirische, Gesetzmäßigkeiten des Soziallebens erforschende Wissenschaft vom Recht als allgemeiner Kulturerscheinung*”] *M. Rheinstein*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München 1987, p. 21.

9 [“*ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte*”] *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 962; más sencillo *J. Pradel*, *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz 2008, p. 3 (“*l'étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux*”).

10 [“*people and institutions in different places*”], [“*crime problems*”] *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1.

11 *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1 (“... *links between crime, social order and punishment, and explores the roles played by police, prosecutors, courts, prisons and other actors and institutions in the wider context of various forms of social control.*”).

12 Ver *H.-H. Jescheck*, *Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955, p. 10 (10-24); *Pradel*, *Droit* (nota al pie 9), p. 16 ff.; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503 s.; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 s., 949. – en general sobre la historia del derecho comparado *H. Jung*, *Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, en: R. De Giorgi (ed.), *Il diritto e la differenza: scritti in onore di Alessandro Baratta*, Vol. 1, Lecce: Pensa multimedia 2002, p. 361; *Grande*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 193; *W. Heun*, *Die Entdeckung der Rechtsvergleichung*, en: W. Heun/F. Schorkopf (ed.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft: Aspekte des Rechts in der Moderne*, Göttingen 2014, p. 9 (10 ss.) (quien ubica este desarrollo alrededor del año 1800, pero ve un auge en la primera mitad del siglo XIX con *Feuerbach*); *J. Basedow*, *Comparative Law and its Clients*, *American Journal of Comparative Law* (AJCL) 62 (2014), p. 821, 827 ss. (“*not before the end of the nineteenth century*”, 829; diferencia seis niveles de desarrollo); *M. Siems*, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 10 (“*traditional comparative law*” a principios del siglo XX). Sobre la importancia, incluso más temprana, de los estudios comparados en otras áreas (etnología, lingüística, religión, etc.) como “*scientific method*” ver *N. Jansen*, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 305 (318 ss.).

13 Sobre la relación entre derecho comparado e historia del derecho, primero durante la República de Weimar, ver *S. Vogenauer*, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen “Emanzipation durch Auseinanderdenken”*, *RabelsZ* 76 (2012), 1122 ss.; también *H. Kötz*, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, *JZ* 1992, p. 20 (21 s.) (“*madera del mismo tronco*” [“*Holz vom gleichen Stamm*”]); *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 923 (“*la misma raíz*” [“*dieselbe Wurzel*”]); *Heun*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12) p. 15 s., 19; para un enfoque decididamente histórico ver *A. Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1. edición, Edinburgh: Scottish Academic Press 1974, p. 1 (3) (derecho comparado como “*Legal History concerned with the relationship between systems*”, p. 6); al contrario, resaltando las diferencias *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 1 notas marginales (nm.) 27 ss. (en el marco de la investigación histórica no se discute sobre la interpretación correcta del derecho extranjero por medio de entrevistas con juristas prácticos, de manera que la comparación estructural a la que se hace referencia más abajo (nota al pie 119 ss.) no es posible).

14 *P.J.A. von Feuerbach*, *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen* (1810), en: *Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1. Abteilung, Nürnberg 1833, p. 152 (163).

15 *P.J.A. von Feuerbach*, *Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahrens Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Aalen 1825. Con relación a *Feuerbach* también *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 11 f.; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 s.; *M. D. Dubber*, *Comparative Criminal Law*, en: *Reimann/Zimmermann* (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 1287 (1292 ss.: “*good place to start*”). Sobre la importancia especial del desarrollo en Francia ver *T. Vormbaum*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. edición, Berlin 2011, p. 88 ss.

termaier (1787-1867) y Heinrich Albert Zachariä (1806-1875), discípulos de Feuerbach, también se inspiraron en la perspectiva comparada con este mismo objetivo¹⁶. Así pues, el proceso penal alemán (reformado) liberal no hubiera sido posible sin los modelos francés y angloamericano¹⁷. A principios del siglo XX Franz von Liszt, “el gran impulsor y promotor del derecho comparado en el área del derecho penal”¹⁸, presentó su teoría, de orientación empírica, según la cual el derecho comparado debía informar sobre la “dirección del desarrollo” de la vida en sociedad, para permitir al legislador la “intervención decidida” en dicho desarrollo o la “proposición consciente de objetivos”¹⁹ y así identificar los “rasgos del ‘derecho correcto’”²⁰. Además, bajo la influencia decisiva de Liszt, apareció a principios del siglo XX (1905-1909) en 16 tomos la “Presentación comparativa del derecho penal alemán y extranjero”²¹, la cual traía consigo los primeros lineamientos del derecho penal comparado legislativo²² y ha sido definida por Leon Radzinowicz como un “hito en la historia de los estudios penales comparados”²³; con

esto, el derecho penal comparado debería haberse erigido como una disciplina autónoma²⁴. De hecho, incluso antes se comenzó con la “Edición de Códigos Penales no alemanes en traducción alemana”²⁵, la cual, aunque en forma diferente, subsiste hasta hoy²⁶.

Paralelamente se dio una cierta *institucionalización* del derecho comparado, por medio de la creación de varias asociaciones²⁷, de las cuales se deben mencionar dos en especial: en primer lugar, en 1888 fue fundada la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* por Liszt, van Hamel und Prins²⁸, y luego, como su sucesora, en el año 1924 y por iniciativa francesa la AIDP²⁹. En el ámbito del *common law*, aunque considerablemente después (1989), se estableció la *Society for the Reform of Criminal Law* con sede en Canadá³⁰. A nivel científico el trabajo de estas asociaciones ha sido complementado por organizaciones especializadas dedicadas a la investigación, especialmente por el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional

16 Vgl. C. J. Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft, Stuttgart und Tübingen 1845; Mittermaier, das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsausübung dargestellt, Erlangen 1851; H. A. Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846; al respecto también E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, p. 288 ss., 292 s., 297.

17 Eser, Funktionen (nota al pie 3), p. 1512.

18 [“der große Förderer und Anreger der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Strafrechts”] Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10.

19 [“Entwicklungsrichtung”] ... [“zielbewusstes Eingreifen”] ... [“die bewusste Zwecksetzung”] F. v. Liszt, Tötung und Lebensgefährdung (§§ 211-217, 222 RStGB), en K. Birkmeyer entre otros (ed.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Berlin 1905-1909, BT Bd. V, 1905, p. 1 (4 s.).

20 [“Kennzeichen des ‘richtigen Rechts’”] F. v. Liszt, Das “richtige Recht” in der Strafgesetzgebung. II., ZStW 27 (1907), p. 91 (95) (“en la tendencia empírica existente de la vida social organizada en el Estado visualizo la marca del ‘derecho correcto’; solo de esta manera es posible construir un sistema científico de la política” [“In der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens erblicke ich als das Kennzeichen des ‘richtigen Rechts’; nur auf dieser Grundlage lässt sich ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen”]); ders., Das “richtige Recht” in der Strafgesetzgebung, ZStW 26 (1906), p. 553 (556). Sobre v. Liszt también Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 10 s.; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 949.

21 [“Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts”] Birkmeyer entre otros (ed.), nota al pie 19.

22 Sobre el origen histórico del derecho comparado legislativo ver Heun, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 13 ss., el cual es visto por este autor —junto con el derecho comparado científico y jurídico-práctico— como una de las raíces del derecho comparado moderno.

23 [“landmark in the history of comparative penal studies”] L. Radzinowicz, International Collaboration in Criminal Science, The Law Quarterly Review 58 (1942), p. 110 (128).

24 Ver también Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 943 (ningún método sistemático o disciplina especial del derecho comparado hasta finales del siglo XIX).

25 [“Edition außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung”] Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 13, 15 (de 1888 a 1942 54 tomos, después otra vez a partir de 1952). La sección extranjera de la revista ZStW fue fundada solo hasta 1953 como boletín informativo (Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 15 con pie de página 19).

26 Vgl. <https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/uebersetzungen.html>.

27 Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), 16 ss.; Pradel, Droit (nota al pie 9), p. 21 ss.; Eser, Funktionen (nota al pie 3), p. 1504 s.; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 949 s.

28 Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 12 s., 17; Eser, Funktionen (nota al pie 3), p. 1505.

29 Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 18 s., sobre el grupo alemán [Landesgruppe] de Adolf Schönke fundado en 1951 ver p. 24.

30 Eser, Funktionen (nota al pie 3), p. 1505. La revista oficial de esta sociedad es la “Criminal Law Forum”, Springer, cuyo editor “in-chief” es el autor de este texto.

de la ciudad de Friburgo, el cual hace parte de la Sociedad Max-Planck desde 1965³¹.

II. IMPORTANCIA Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL COMPARADO

1. Importancia

Si bien aquí no se pretende sobredimensionar la relevancia del derecho (penal) comparado al punto de llegar a considerarlo como el “oficio de la época”³², su importancia difícilmente puede ser exagerada en tiempos de globalización e internacionalización del derecho³³. La globalización ha conducido a una institucionalización masiva en forma de organizaciones y asociaciones supranacionales —las cuales operan a nivel mundial o regional, como instituciones públicas o privadas—, que generan³⁴ una enorme demanda de estudios legales comparados y en las que miles de juristas procedentes de va-

rias naciones día a día deben realizar análisis comparativos, dando lugar a una “comparación viva de sistemas jurídicos”³⁵.

Para el *derecho penal supranacional* la importancia del derecho comparado surge de las mismas fuentes legales primarias³⁶, especialmente de los derechos fundamentales europeos, derivados desde tiempo atrás de las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”³⁷. Adicionalmente, la “aproximación de las legislaciones penales”³⁸, propuesta en el marco del *derecho penal de la Unión Europea (EU)*, así como la creación de “normas mínimas” tanto en el campo del derecho penal procesal como material³⁹, supone, en primer lugar, determinar mediante investigaciones comparativas sobre los sistemas legales de los Estados que pertenecen a la UE, en dónde existe dicha necesidad de aproximación. Para establecer normas procesales mínimas se deben tener en cuenta, además, “las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos” de dichos

31 Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 947 s. con más referencias (el cual surgió de un instituto fundado por Adolf Schönke en el año 1938 en la Universidad de Friburgo); ver también Pradel, *Droit* (nota al pie 9), p. 24 s.

32 Así A. von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, JZ 2011, p. 1; *del mismo autor*, *Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess*, en: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (ed.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2015, p. 145; similar Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 950 s. (“... probablemente no ha habido época en la que el llamado al derecho comparado haya sido tan fuerte como hoy en día” [“... wahrscheinlich gab es noch keine Zeit, in welcher der Ruf nach Strafrechtsvergleichung lauter als heutzutage erschallt wäre.”]).

33 Sobre el incremento en general de la importancia debido a cinco factores ver U. Sieber, *Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, en: U. Sieber/H.-J. Albrecht (ed.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin 2006, p. 78 (80 ss.); sobre cuatro fenómenos en particular Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 951-953 (de un “mercado de oferta a uno de demanda” [von “Angebots- zu einem Nachfragemarkt”]); *del mismo autor*, *Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese*, en: Ch. Safferling entre otros (ed.), *FS Streng*, Heidelberg 2017, p. 669 (672 s.); ver también H. Jung, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, JuS 1998, p. 1 (“importancia creciente” [“Bedeutungszuwachs”]), 7 (“nueva era...” [“neue Ära ...”]); *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 380 (“efecto estimulante de la europeización e internacionalización” [“stimulierende Wirkung von Europäisierung und Internationalisierung”]); *del mismo autor*, *Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff*, GA 2005, p. 1 (2 s.) (derecho comparado como “ganador” de la internacionalización [“Strafrechtsvergleichung als ‘Gewinner’ der Internationalisierung”]); T. Weigend, *Criminal Law and Criminal Procedure*, en: J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Elgar 2006, p. 214 (215 ss.) (“increase of its relevance”); S. Beck, *Strafrecht im interkulturellen Dialog*, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Baden-Baden 2011, p. 65 (66) (“reactivación” [“Wiederbelebung”]); F. Meyer, *Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 87 (87-89) (“mayor impulso” [“ungeheurer Auftrieb”]). —respecto a la influencia de la globalización sobre el derecho comparado ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 825 s., 837, 857; sobre “global comparative law” en este sentido Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 187 ss. (quien diferencia entre “hegemonic and counter-hegemonic globalisation” así como “globalised localism” y “localised globalism”), sobre el debilitamiento de las fronteras estatales (“fading state borders”) a través de convergencia de normas jurídicas, regionalización y transnacionalización p. 222 ss.

34 Para un enfoque basado en la demanda ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837 ss. (quien diferencia entre “clients” de la academia, “legal professions”, “legislature” y las “unification agencies”).

35 [“living comparison of laws”] ver Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 854-6, 857 (“massive institutional foundation for comparative law”, “institutional side of globalization”).

36 Sobre esta influencia vertical de arriba hacia abajo también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 999-1001.

37 [“aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten”] Ver art. 6 (3) Tratado de la Unión Europea (TUE).

38 Art. 67 (3) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); también art. 82 (1) TFUE, art. 83 (2) TFUE; sobre reparación de perjuicios “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” ver art. 340 (2) TFUE.

39 Para el derecho procesal penal ver art. 82 (2) TFUE (“para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”); para el derecho penal material ver art. 83 (1) TFUE (“normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza”).

Estados⁴⁰. Estas diferencias se deben identificar precisamente mediante investigaciones de derecho comparado. La posibilidad de iniciar el trámite de “suspensión del procedimiento legislativo”, prevista en el Tratado de Lisboa, cuando un “proyecto de directiva” dirigida a la aproximación de las legislaciones internas afecta “aspectos fundamentales” del sistema de justicia penal de uno de los Estados miembros⁴¹, exige también a la Comisión, en cuanto iniciadora del trámite legislativo, tener en cuenta este tipo de aspectos al proponer cada proyecto, anticipando al mismo tiempo las posibles reservas que los Estados puedan presentar; nuevamente, esto exige que la Comisión esté familiarizada —mediante estudios comparativos— con los fundamentos de los ordenamientos jurídico-penales nacionales. A nivel operativo, los órganos de la UE a los que se les ha confiado realizar investigaciones transfronterizas (Euro-pol, OLAF, Eurojust y la futura fiscalía europea)⁴² se deben ocupar permanentemente de la interpretación y aplicación del derecho interno de los Estados miembros, ya que, debido a la inexistencia de un verdadero derecho procesal penal europeo, dichas investigaciones se deben realizar conforme al sistema legal del Estado

en donde se lleven a cabo este tipo de actividades en concreto (*lex loci*), de manera que las investigaciones criminales transfronterizas suponen la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos. Precisamente aquí se evidencia el cambio de perspectiva desde el plano nacional al supranacional y europeo⁴³. En el marco del Consejo de Europa, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha ocupado de asuntos que involucran problemas jurídico-penales (materiales y procesales) que exigen un conocimiento profundo del derecho del Estado demandado⁴⁴. Asimismo, la prohibición europea de doble persecución penal⁴⁵ requiere una decisión que ponga fin al proceso en el Estado que en un primer momento ha juzgado a la persona en cuestión⁴⁶, pues bien, la clasificación legal de dicha decisión, necesaria para determinar si en el caso concreto la prohibición de doble persecución es aplicable, no es posible si no se conoce el derecho procesal extranjero relevante⁴⁷.

En el área del *derecho penal internacional* se tienen los principios generales del derecho en sentido clásico —entendidos como los principios comunes a los ordenamientos jurídicos más importantes⁴⁸— como una

40 Art. 82 (2) TFUE.

41 Art. 82 (3), art. 83 (3) TFUE.

42 Sobre estos órganos ver *K. Ambos*, *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 5. edición 2018, § 13; en castellano *Ambos*, *Derecho Penal Europeo*, Madrid: Thomson Reuters, 2017, Cap. V nm. 1 ss.

43 Sobre europeización metodológica ver *von Bogdandy*, *Internationalisierung* (nota al pie 32), p. 144-6.

44 Ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 10 nm. 12 ss.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. II nm. 16 ss. y 104 ss.

45 Ver art. 54 Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa y art. 50 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

46 Al respecto y sobre las demás condiciones ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 10 nm. 163 ss.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. II nm. 161 ss.

47 Ver en este sentido también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 994 s.

48 Solo en este contexto puede reclamar cierta relevancia la división entre “familias jurídicas” (clásico al respecto *R. David*, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1. edición., Paris: Dalloz, 1964, p. 12 s.; *R. David/C. Jauffret-Spino*, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris: Dalloz 2002, p. 15 s.; *K. Zweigert/H. Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen 1996, p. 62 ss.; *Siems*, *Comparative Law*, nota al pie 12, s. 73 ss.), especialmente la distinción entre el ámbito angloamericano (“*common law*”) y germano-románico (“*civil law*”), en la medida en que permite —por decirlo de alguna manera, desde una primera mirada— delimitar la investigación a ordenamientos jurídicos representativos (asimismo *P. de Cruz*, *Comparative Law in a Changing World*, 3. edición, London: Routledge-Cavendish 2007, p. 35; *Kötz*, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, *ZEuP* 1998, p. 493, 504 (“primera orientación a grandes rasgos” [“*erste grobe Orientierung*”]); *Siems*, en el lugar indicado, p. 92 (“*didactic aim*”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 19, 25 f.). Por lo demás, dicha división se debe rechazar, debido a que ignora las diferencias que existen al interior de cada “familia” —por ejemplo entre el derecho penal inglés y el de los Estados Unidos (a nivel federal) o entre el Derecho francés y el alemán— y resalta solo las similitudes, en otras palabras, tiende a la simplificación; además, tiene un sesgo hacia el derecho civil y margina a los ordenamientos jurídicos no occidentales, como aquellos de las antiguas colonias o del mundo islámico y budista (ver críticas de *Kötz*, en el lugar arriba indicado, p. 495 ss.; *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 7, 80 ss.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 11-17, 20-24; crítico también *H. Heiss*, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung: Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?*, *ZVglRWiss* 100 (2001), p. 396 (399 ss.), aunque él mismo propone una división jerárquica (412 ss., 416 ss.); *J. Husa*, *Classification of Legal Families Today – Is it Time for Memorial Hymn?*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 56 (2004), p. 11 ss.; *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 219; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1069 s.; antes también *G. Frankenberg*, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), p. 411 (442 s.). — También existen otros intentos de división, por ejemplo, a nivel general entre tradiciones jurídicas, ver *H. P. Glenn*, *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1 ss., 60 ss. (crítico al respecto *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 131 ss.); o desde una perspectiva político-criminal según modelos de Estado y de sociedad, *M. Delmas-Marty*, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris: Presses universitaires de

de las fuentes que aquí siempre se han reconocido⁴⁹. Esto se desprende de la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional⁵⁰, acogida en el Estatuto de Roma (ER) para el derecho penal internacional contemporáneo⁵¹. La existencia de la Corte Penal Internacional (CPI), así como de varios tribunales penales internacionales, ha contribuido para que el derecho penal comparado adquiera una importancia práctica enorme⁵², aunque la práctica judicial la mayoría de las veces no va más allá de una selección arbitraria (“*cherry picking*”)⁵³ de ordenamientos jurídicos nacionales, razón por la cual en este contexto sería deseable un proceder más sistemático⁵⁴. Sobre esto se volverá más adelante⁵⁵.

En el *derecho de la cooperación judicial* [*Rechtshilfe-recht*] existe un contacto permanente con ordenamientos jurídicos extranjeros y, dependiendo del tipo de cooperación —extradición/entrega, “pequeña” asistencia judicial o cooperación en la ejecución de decisiones judiciales— y de relación jurídica entre los Estado —mediada o no por un tratado internacional, bilateral o multilateral—, los conocimientos sobre el derecho del Estado requirente o requerido son necesarios o por lo menos útiles. Incluso en un sistema como la UE, en el cual cada vez adquiere

mayor relevancia el reconocimiento mutuo⁵⁶ de las decisiones judiciales, el derecho interno no es desplazado completamente por el derecho secundario⁵⁷, sino que de hecho puede aparecer como una de las razones para rechazar una petición o requerimiento⁵⁸ o para la imposición de condiciones para la ejecución de una determinada decisión judicial⁵⁹. En la clásica asistencia judicial basada en un tratado de cooperación, el principio de la punibilidad recíproca supone examinar el derecho penal del Estado requirente⁶⁰, de manera similar a lo que ocurre en el contexto de las normas sobre la aplicación del derecho penal a hechos cometidos en el extranjero respecto al derecho del lugar en donde se ha consumado la conducta punible⁶¹. Cuando no existe tratado la situación depende del Estado requerido, razón por la cual es recomendable estar familiarizado desde antes con su sistema legal y sobre todo con su práctica en esta materia.

2. Funciones

Estos ejemplos muestran que el derecho comparado, por un lado, constituye en varios sentidos el fundamento del derecho penal a nivel internacional. Debido a que el derecho penal internacional y el derecho penal euro-

France 1992, p. 81 ss. Sobre las “*units of comparison*” ver también *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 28 ss.

49 Ver, aunque algo exagerado, *Jeschek*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 31 (lucha contra la “criminalidad internacional” a través del derecho comparado; especial responsabilidad con relación a la creación de un “derecho penal internacional”, el cual “en cuanto consciencia objetiva de la humanidad está llamado a asegurar... los grandes postulados de la justicia frente a los efectos del “odio incondicional” de los tiempos de guerra” [*Bekämpfung des “internationale[n] Verbrechen[s]” durch Rechtsvergleichung, besondere Verantwortung bezüglich der Schaffung eines “völkerrechtlichen Strafrechts”, nämlich als “das sachliche Gewissen der Menschheit dazu berufen, die Gerechtigkeit in ihren großen Postulaten ... zu sichern gegen die Auswirkungen des “bedingungslosen Hasses” der Kriegszeit ...*]); recientemente también *L. Chiesa*, *Comparative Criminal Law*, en: M. D. Dubber/T. Hörnle (ed.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 1089 (1093 s.); *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1013.

50 Ver art. 38 (1) (c) ER (“*general principles of law recognized by civilized nations*”).

51 Ver art. 21 (1) (c) ER (“*general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime ...*”). Al respecto también *Grande*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 191; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 991 (aplicación subsidiaria del derecho extranjero en el marco del derecho penal comparado judicial [*subsidiäre Fremdrechtsanwendung im Rahmen judikativer Strafrechtsvergleichung*]) (1002).

52 Ver También *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 217.

53 Así la crítica formulada especialmente en los Estados Unidos al uso del derecho comparado por parte de los tribunales, ver *M. Siems*, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2014 (e-book), p. 147; *T. Kadner Graziano*, *Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?*, en: M. Andenas/D. Fairgrieve (ed.), *Courts and Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 25 (30) con más referencias.

54 Ver también *P. Roberts*, *Comparative Law for International Criminal Justice*, en: E. Örüçü/D. Nelken (ed.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford: Hart 2007, p. 339 (340, 350 ss., 363, 365) (quien aboga por un “*more explicit, systematic, and methodologically astute recourse to comparative legal method*” y en este sentido discute seis áreas).

55 Ver apartado C.II.

56 Sobre este principio ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 9 nm. 26 s.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. I nm. 25 ss.

57 Sobre los instrumentos de la UE con carácter de derecho secundario ver *Ambos*, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 12 nm. 14 ss.; *Ambos*, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. IV nm. 14 ss.

58 Ver por ejemplo art. 3, 4 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*Diario Oficial* n.º L 190 de 18/07/2002 p. 0001-0020), modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI.

59 Ver por ejemplo art. 5 Decisión Marco del Consejo (nota al pie 58).

60 Ver por ejemplo art. 2 (1) Convenio Europeo de Extradición. Al respecto en este contexto también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 992-4 (“poder punitivo dependiente del derecho extranjero” [*fremdrechtsabhängige Strafgewalt*]).

61 Ver § 7 (1) y (2) Código Penal alemán (“en el lugar de los hechos con amenaza de pena” [*“am Tatort mit Strafe bedroht”*]).

peo se alimentan en buena parte de los ordenamientos jurídico-penales nacionales —no obstante la interpretación autónoma del derecho supranacional y el proceso de institucionalización a este nivel—, le corresponde al derecho comparado una función fundamental en tanto fuente de información, no solamente como mecanismo para “producir” principios generales del derecho en el sentido clásico ya mencionado. Al mismo tiempo el derecho comparado permite la comparación horizontal a nivel internacional entre las distintas instituciones y su derecho, por decirlo de alguna manera, más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esto se volverá más adelante.

Por otro lado, bajo ciertas circunstancias, puede ser razonable para el legislador nacional consultar en perspectiva comparada el derecho extranjero antes de regular una determinada situación (*derecho penal comparado legislativo*)⁶². Pero, también los distintos actores del sistema de justicia penal —fiscales, defensores y

jueces— dependen cada vez más de los resultados de análisis comparativos para resolver problemas en casos concretos (*derecho penal comparado judicial*)⁶³, debido a que la criminalidad —justamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la UE⁶⁴— ya no tiene lugar únicamente al interior las fronteras nacionales. Finalmente, pero no menos importante, el derecho penal comparado puede ser desarrollado desde el punto de vista *científico-teórico*⁶⁵, bien sea para obtener una visión ampliada del derecho propio o para la solución de problemas jurídicos fundamentales (derecho comparado como quinto método de interpretación)⁶⁶.

Hasta aquí se han mencionado las *funciones* clásicas del derecho penal comparado⁶⁷ que han ganado importancia desde mediados del siglo XIX. Si, además, es posible complementar estas tres funciones con una cuarta función por medio del “derecho penal comparado evaluativo-competitivo”⁶⁸, es una pregunta que puede dejarse abierta, puesto que la valoración⁶⁹ cumple de todas

62 Ver Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), p. 215; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1005 ss.; Chiesa, Comparative (nota al pie 49), p. 1091; ver también Sect. 3 (1) Law Commissions Act 1965 (“duty of each of the commissioners ... to obtain ... information as to the legal system of other countries ...”); desde una perspectiva comparativa general ver Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 22 ss.; sobre el legislador como “cliente” del derecho comparado ver Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), p. 842 ss.

63 Esta función del derecho comparado fue formulada incluso en el año 1900 por el civilista Zitelmann como “importancia en la aplicación del derecho” [“Bedeutung in der Rechtsanwendung”], ver E. Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Dt JZ V (1900), p. 329, reproducido en: K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken (ed.), Rechtsvergleichung, Darmstadt: Wiss. Buchges. 1978, p. 11 (11 s.). Los ejemplos en la jurisprudencia penal alemana son múltiples, ver BGHSt 1, 297; 2, 152; 2, 257; 5, 30; 5, 337 así como BGHSt 38, 214 (228 ss.: consideración del derecho procesal extranjero sobre la pregunta del incumplimiento de los deberes policiales y sus consecuencias). Sobre derecho comparado judicial ver también Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 16 ss.; K. H. Ebert, Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen, Berlin 1978, p. 176 ss.; Eser, Funktionen (nota al pie 3), p. 1507-1510; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 984 ss.

64 Vgl. art. 67 (1) TFUE.

65 Sobre las diferentes denominaciones (“científico-teórico”, “teorético”, “académico” [“wissenschaftlich-theoretisch”, “theoretisch”, “akademisch”]) ver Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 967.

66 La reivindicación de interpretación comparativa del derecho nacional se remonta a K. Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50) p. 5 (8 ss.) (con referencia al art. 1 del Código Civil suizo); sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación en derecho constitucional ver P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, p. 913 (916 ss.); con más detalle Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 53 ff. (resaltando especialmente la importancia para resolver casos difíciles, nm. 72-76); desde el punto de vista jurídico-penal Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 380; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 953 s. con pie de página 67.

67 Sobre estas tres funciones ver Eser, Funktionen (nota al pie 313), p. 1506 ss.; (nota al pie 4), p. 955 s., 966 ss.; antes también Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 26 ss., pero no tan diferenciado ni tan sistemático.

68 [“evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung”] Así Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 956, 1020 ss. (con una impresionante diferenciación y construcción de varios subgrupos y formas), para una lista de 30 (!) enfoques adicionales, p. 956-959.

69 Sobre el rol de la valoración en el derecho comparado ver Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1026 ss., quien asume una posición intermedia entre las de Radbruch y von Liszt, según la cual la valoración es posible pero no obligatoria, es decir que, por un lado, puede haber derecho comparado sin valoraciones, pero, por otro, según el objetivo de la comparación la valoración puede ser deseable y necesaria (1028 s., auch 1084). Sobre la diferencia entre descripción y valoración (sin excluir esta última) ver M. Mona, Strafrechtsvergleichung und comparative justice: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 103 (113). En contra de entender la valoración como parte del derecho comparado (lo cual haría parte de la crítica que el derecho comparado hace posible) ver E. Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Rhein. Zeitschrift für Zivil- und ProzessR 13 (1924), p. 279 (280) (ver, sin embargo, p. 286 ss., en donde éste exhorta a la crítica jurídica y política, así como al mejoramiento del ordenamiento jurídico); sobre Rabel y la inclusión de la valoración como quinto nivel en el análisis comparativo por Konrad Zweigert como uno de los sucesores de Rabel en el Instituto Max-Planck de Hamburgo Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), p. 832 s. Sobre una diferenciación entre “comparación de valoraciones” [“Vergleich von Wertungen”] y “valoración de soluciones” [“Wertung von Lösungen”], según la cual esta última no pertenecería al derecho comparado en estricto sentido U. Sieber, Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der strafrechtlichen For-

maneras un rol importante en el verdadero derecho comparado, por ejemplo, en el marco de una muestra comparativa de diferentes alternativas jurídico-políticas⁷⁰.

III. OBJETIVOS, MÉTODOS Y FUNDAMENTO NORMATIVO

1. Objetivos

Las funciones aquí mencionadas del derecho penal comparado describen al mismo tiempo sus —en todo caso múltiples⁷¹— objetivos: orientación al legislador por medio del derecho penal comparado legislativo, apoyo a la administración de justicia en el marco del derecho penal comparado judicial y problematización de aspectos fundamentales del sistema penal a través del derecho penal comparado científico-teórico. Sobre esta base, se debe resaltar que en la discusión comparativa sobre el derecho propio surgen a la luz sus fortalezas y sobre todo sus debilidades⁷².

El derecho comparado hace posible entonces —o al menos así debería hacerlo— la reflexión crítica sobre el sistema jurídico propio⁷³ y facilita una visión integral del mismo⁷⁴. Además, la perspectiva comparada crea “contrapesos para evitar la sobrevaloración de la dogmática propia y su mundo conceptual”⁷⁵ y —aún más— evidencia “en el derecho qué es cambiante y qué es perpetuo [...]”⁷⁶. No obstante, el derecho comparado puede considerarse científico, tal y como ocurre con cualquier disciplina, solo si a través suyo es posible conocer algo que sin él permanecería oculto. Esto exige más que el simple conocimiento del derecho extranjero⁷⁷ y más que la yuxtaposición de normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos foráneos, aislada y alejada de la realidad social; cuando se habla de derecho penal comparado en realidad se hace referencia, como lo propagó Franz von Liszt, a “algo nuevo, autónomo [...] que es diferente de los ordenamientos jurídicos individuales comparados y no se encuentra sin más comprendido en ellos”⁷⁸.

schungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en: H.-J. Albrecht/U. Sieber (ed.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung: Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht* 2004, Berlin 2006, p. 35 (74 s.); sin embargo, sobre la poca importancia de la pregunta sobre la ubicación, ver *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120; crítico en este sentido también *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1027. Sobre la formulación de la “pregunta esencial sobre la valoración... de una manera válida para todos los sistemas” [*wesentlichen Wertungsfragen ... in einer für alle System gültigen Weise*] en el marco del derecho penal comparado, *W. Perron*, *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, ZStW 109 (1997), p. 281 (299), os subgrupos y formas), para una lista de 30 (!) enfoques adicionales, p. 956-959.

70 *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120 (“fundamentación racional de las decisiones valorativas” [*rationale Begründung der Bewertungsentscheidung*]) como condición del rol cumplido por el derecho comparado en cuanto instrumento de *good governance*); *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 219 s. (importancia de “*quality judgments*”); *Mona*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 115 ss. (valoración con miras a la teoría de la justicia); *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1084-1087 (1084: “... se espera una toma de posición definitiva, la cual no se puede entender sin una cierta valoración” [... *eine abschließende Stellungnahme erwartet, bei der meist nicht ohne gewisse Wertungen auszukommen sein wird.*]); *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 78 (no solamente entender la regulación sino también valorarla), 85 (valoración “inevitable”); *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 10 s.

71 Sobre la pluralidad de los objetivos *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 378 s.; sobre su flexibilidad *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 5; sobre cuatro funciones o metas de conocimiento ver *G. Dannemann*, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, en: Reimann/Zimmermann (nota al pie 12), p. 383 (402-6: *unifying law, solving particular problems, applying foreign law, understanding law*).

72 Ver también *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 928 (“condicionamientos del derecho propio” [*Bedingtheiten des eigenen Rechts*]); *M. D. Dubber/T. Hörnle*, *Criminal Law. A comparative approach*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. vi; *Chiesa*, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1091; *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 969; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 1.

73 Fundamental *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 411 ss., 443 s. (derecho comparado como “*learning experience*” por medio del distanciamiento y diferenciación y con el objetivo de la autoreflexión), quien de hecho reprocha al método funcional tradicional la poca capacidad de autocritica y reflexión (p. 433 ss.); crítico también en este sentido frente al método funcional *R. Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, en: Reimann/Zimmermann (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 339 (379 s.). Diferente *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 20 s. (a pesar de que el derecho comparado promueve la comprensión, es limitado para el estudio dogmático profundo del derecho propio).

74 *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 14 (“*holistic picture*”).

75 *Jescheck*, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 44; ver también *G. Radbruch*, *Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen 1957, p. 108 s. (“valorar en sus deficiencias y ventajas” [... *in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen*]).

76 *Radbruch*, *Mensch* (nota al pie 75), p. 108 s.

77 Al respecto como simple aspecto del derecho comparado sin pretensión científica *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 3 ss. (8), 13.

78 [*etwas Neues, Selbständiges ... das von den einzelnen verglichenen Rechten verschieden, in ihnen nicht ohne weiteres enthalten ist*] *F. von Liszt*, *Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne*, en: F. von Liszt (ed.), *Die Strafgesetzbuch der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*. Band I: *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Berlin 1894, p. XIII (XIX); crítico *H. Schultz*, *Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung*, en: H.-H., *Jescheck/G. Kaiser* (ed.), *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*,

Más allá de esto, los riesgos que trae consigo la globalización económica —“sociedad mundial del riesgo”⁷⁹—, como hechos punibles cometidos en o a través de Internet, criminalidad organizada transnacional y terrorismo, imponen al derecho penal comparado nuevos retos y lo llevan a asumir nuevas tareas con nuevos objetivos. En este contexto, en general se espera que el derecho penal comparado proporcione respuestas sólidas desde el punto de vista normativo y empírico, dirigidas al control jurídico-penal de estas situaciones⁸⁰. Respuestas racionales y bien concebidas, como se esperan del derecho comparado científico-teórico, requieren suficiente tiempo, con el cual, sin embargo, la mayoría de las veces no cuenta la política criminal de corto plazo y ligada a cálculos electorales. De hecho, se han planteado incluso serias dudas sobre si el derecho comparado realmente puede proporcionar dichas respuestas. Éstas dependen en realidad de una variedad de factores ajenos al derecho, de manera que se debe reivindicar una perspectiva interdisciplinaria, en donde además se tenga en cuenta la práctica de persecución policial (incluso secreta), en el sentido de la ya mencionada comparación integral de la justicia penal.

2. Métodos

Lo anterior demuestra la importancia de la determinación del objetivo para definir el método. No es posible desarrollar un método de derecho comparado de manera abstracta, puesto que en cada caso se deben tener en cuenta los objetivos principales del proyecto de comparación⁸¹. Se requiere entonces una cierta *apertura metodológica*, la cual deja espacio suficiente para la imaginación⁸², ya que el método seleccionado debe corresponder al objetivo perseguido; el método debe entonces ser funcional al objetivo, de manera que se debe escoger el método más idóneo para lograrlo⁸³. Sin embargo, se debe diferenciar entre objetivo y método⁸⁴, pero reconociendo su interdependencia, debido a que el método no se puede determinar sin tener en cuenta los objetivos⁸⁵. Así pues, a pesar de que no es posible determinar *un solo método* específico para el derecho comparado, si es posible delimitar un marco metodológico dentro del cual se puede mover la investigación comparativa.

En primer lugar, teniendo en cuenta la necesidad de estar abierto a todos los resultados posibles, quien realiza una comparación no debe partir desde el principio de su propio punto de vista dogmático o político-criminal, en cuanto hipótesis de trabajo o punto de referencia (*tertium comparationis*)^{86,87}, aunque naturalmente éste

Berlin 1980, p. 7 (19 s.) (también acepta un derecho comparado con menos pretensiones). En este sentido también sobre “*comparing*” vs. “*compiling criminal law*”, Chiesa, Comparative (nota al pie 49), p. 1090 s.

79 [“*Weltrisikogesellschaft*”] El concepto se remonta a Ulrich Beck, ver U. Beck, Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M. 1986; también U. Sieber, Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 119 (2007), p. 1 (3 ss.).

80 Ver también Sieber, Grenzen (nota al pie 79), p. 16, 53 s. (derecho comparado metodológicamente asegurado como fundamento de una política criminal racional).

81 Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 961, 966, 1038 s.; *del mismo autor*, Stand (nota al pie 33), p. 682; también Lagodny, ZIS 2016, p. 679 s.; *del mismo autor*, GA 2017, 165 (167); resaltando también la determinación del objetivo Beck, Strafrecht (nota al pie 33), p. 77 s.; similar Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2; también P. Roberts, Interdisciplinarity in Legal Research, en: M. McConville/W. Hong Cui (ed.), Research Methods for Law, Edinburgh 2017, p. 90 (105: “*research questions*” determinan “*interdisciplinary methods*”).

82 Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038; ver también Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 343 (sin adherir a un método específico); Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7 (“*plurality of methods*”).

83 Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1040; ver también Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 362 (direccionamiento de los métodos hacia el objetivo); Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837 (“*purpose and context ... determine the research design...*”).

84 En ocasiones esto se pierde de vista en el derecho penal comparado dada la gran variedad de enfoques posibles (ver pie de página 68), crítico también Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038.

85 Ver por ejemplo Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2 (“*ilusorio*” [“*illusorisch*”]), 147 s. Ver, en otro sentido, von Liszt, Tötung (nota al pie 19), p. 4 (derecho comparado “solo es posible debido a un método bien establecido” [“*nur möglich auf Grund einer feststehenden Methode...*”]); también Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 1 (derecho comparado mismo como un “método específico” [“*bestimmte Methode*”]).

86 “punto de referencia para la comparación”

87 Así todavía Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 36 ss., 37 s., 40 ss., quien propone como punto de partida la perspectiva dogmática o político-criminal propia (primer nivel), posteriormente la interpretación del derecho extranjero (segundo nivel), para después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar jurídica y políticamente (cuarto nivel). Crítico con razón al respecto por ejemplo U. Nelles, Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema “Zukunft der Strafrechtsvergleichung” en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/G. Heine entre otros (ed.), Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, p. 1005 (1009); Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1045.

puede servir como primer parámetro de orientación⁸⁸ y de hecho lo hará debido al bagaje jurídico previo de todo investigador⁸⁹. Como punto de partida la atención se debe centrar, en principio —en el sentido del *método funcional* ya mencionado⁹⁰— en el problema específico sobre el que se pretende indagar, para preguntarse posteriormente cómo se ha intentado solucionar dicho problema en cada uno de los ordenamientos jurídicos objeto de investigación o —con mayor acento en la institucionali-

zación— qué función cumple la institución jurídica específica desarrollada en el ordenamiento jurídico analizado para la solución de este problema (“pregunta por la funcionalidad”)⁹¹, más allá de la terminología empleada en cada contexto y de su clasificación bajo una determinada disciplina⁹². El funcionalismo en el derecho comparado⁹³ hace referencia entonces —en principio sin ninguna pretensión metodológica adicional—⁹⁴ a una forma de proceder que no parte de conceptos jurídicos y legales⁹⁵,

88 Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1063.

89 Crítico sobre la orientación marcadamente occidental del derecho comparado tradicional *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 422 s., 442.

90 Sobre su origen en la teoría del carácter instrumental del derecho formulada por Jhering (*Zwecktheorie*) ver *K. Zweigert/K. Siehr*, *Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method*, *AJCL* 19 (1971), p. 215 (218 s.); también *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 433 con pie de página 78 (mencionando también a Pound); sobre la primera vez que este método se mencionó explícitamente por Ernst Rabel en el año 1925 *Heun*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 20 y *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 831; desarrollado por *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 33 ss.; *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 25 ss.; en el contexto del derecho penal comparado mencionado explícitamente por primera vez por *H.-H. Jescheck*, *Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform*, *ZStW* 86 (1974), p. 761 (772 (chaciendo referencia a un problema social), 775 (“equivalencia funcional” [“funktionellen Gleichwertigkeit”])).

91 [“*Funktionalitätsfrage*”] *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 33; *Junker*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 922; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1521; *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 363 s.; *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 342; *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 112-114; *Pradel*, *Droit* (nota al pie 9), p. 47 s.; *Heun*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 25 s.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 14-16, § 3 nm. 3-5, 181; *C. Wendehorst*, *Rechtssystemvergleichung*, en: Zimmermann (ed.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Berlín: Mohr Siebeck 2016, p. 1 (30); sobre la aplicación en “mercados jurídicos transnacionales” *G.-P. Callies*, *Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen*, en el mismo lugar, p. 167 (182 ss., 188 s.).

92 Ver *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 71, quien señala acertadamente que la limitación del método funcional a ciertas ramas del derecho parece no tener sentido, dado que la división tradicional entre derecho civil, público y penal, así como las subdivisiones al interior de cada categoría, no está presente en otros ordenamientos jurídicos, de manera que se debe preguntar más bien de forma general cómo cada ordenamiento jurídico y a través de cuál institución jurídica reacciona ante el problema analizado.

93 El término “funcionalismo” tiene varios significados y es utilizado en diferentes disciplinas; crítico respecto a su frecuente ambigüedad y su uso arbitrario *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 341, 342 ss., 381; crítico también *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 45 (“*can involve a number of traps*”); sobre el reemplazo de este concepto por un derecho comparado contextual, con el fin de comprender mejor su significado *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 199-201.

94 Acertadamente *M. Kubiciel*, *Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung*, *RW* 2012, p. 212 (213 f.); crítico *Michaels*, *Functional* (nota al pie 73), p. 340 (“*As theory it hardly exists...*”), 362 (resaltando el enfoque instrumental), 363 (“*undertheorized approach...*”); crítico también *Frankenberg*, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 416 ss. (“*marginal role of theory*”), 433 ss. (“*vulgar version of sociological functionalism*”); en cierta medida sobre una teoría basada, entre otros, en el método funcional, *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 126-129.

95 Crítico por esta razón *B. Fateh-Moghadam*, *Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 41 (43 ss.), quien pretende reemplazar el método funcional por un funcionalismo operativo, debido a que aquel se basaría en suposiciones estructural-funcionalistas (como la existencia de los mismos problemas sociales en relaciones sociales estables) y, al orientarse por consideraciones extrajurídicas, negaría la autonomía de la argumentación jurídica (44 ss.). El enfoque propuesto por este autor se fundamenta en la teoría de sistemas y en consecuencia parte de la autopsia de los sistemas jurídicos y de la autorreferencia de la argumentación legal, en vez del reconocimiento de problemas sociales extrajurídicos (52 ss.). Aunque este enfoque tiene razón cuando afirma que dentro de cada sistema jurídico también se deben tener en cuenta las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática [“*juristisch-dogmatische Begründungszusammenhänge*”] (en este sentido también *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 93), p. 215), acepta la idea bastante problemática y poco plausible, según la cual los sistemas jurídicos son completamente autónomos; crítico con razón *T. Weigend*, *Diskussionsbemerkungen*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 131 (el ordenamiento jurídico no tiene “vida propia”, sino que se encuentra determinado por “decisiones sociales y políticas específicas” [“*Rechtsordnung führe kein Eigenleben, sondern werde von bestimmten sozial und politisch geprägten Entscheidungen determiniert*”]); crítico también en este sentido *Kubiciel*, *Funktionen* (nota al pie 93), p. 215 s., cuando reconoce que las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática al final están influenciadas jurídicamente y por esto puede ser necesaria “una comparación parcial del entorno socio-cultural” [“*Partialvergleich des soziokulturellen Regelungsumfelds*”], especialmente cuando se trata de comprender una institución jurídica determinada o un sistema jurídico en general a través de una micro-comparación.

sino —con orientación empírica⁹⁶— de la consideración de problemas sociales como *tertium comparationis*⁹⁷ (“problemas sociales que requieren regulación”)⁹⁸ y de la función de las instituciones que han sido desarrolladas como respuesta a ellos, para así posibilitar la comparación —libre de prejuicios conceptuales o dogmáticos— entre instituciones jurídicas de distintos ordenamientos que hacen las veces de equivalentes funcionales⁹⁹. Por ejemplo:

– No se debe preguntar si la *instigación* es punible en un ordenamiento jurídico-penal extranjero, sino cómo se trata en dicho contexto la influencia psíquica de una persona sobre el autor (principal) o el hecho de haber generado en éste la decisión de cometer una conducta punible.

– No se debe preguntar si el *hurto* [“*Diebstahl*”] en el sentido del § 242 del Código Penal Alemán (StGB

por sus siglas en alemán) es punible, sino cómo se protege en determinado contexto el patrimonio económico o, más exactamente, cómo se protege de la apropiación de cosas o bienes por parte de un tercero.

– No se debe preguntar si el proceso penal puede terminar debido a la *confesión*, sino si existe alguna posibilidad de terminar anticipadamente un proceso penal mediante el reconocimiento de responsabilidad o la negociación entre quienes en él participan.

Para evitar un enfoque instrumental demasiado estrecho¹⁰¹, ciertamente se debe tener en cuenta el contexto *histórico y cultural*¹⁰² en los que operan las instituciones jurídicas, así como algunos conceptos generales¹⁰³ y el rol que cumplen los actores de cada sistema penal (“*agency*”), en el sentido de la ya varias veces mencionada comparación de la justicia penal¹⁰⁴. En

96 Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 342 (“*functionalist comparative law is factual*”); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 181 (“enfoque fáctico” [“*faktische Herangehensweise*”]); Callies, *Rolle* (nota al pie 91), p. 170, 172, 187 (“*law in action*”); también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 35 (“*the way it is enforced*”); desde el punto de vista jurídico-penal E. Hilgendorf, *Zur Einführung: Globalisierung und Recht*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 11 (24).

97 Ver Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 367-369.

98 [“*regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem*”] Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1053.

99 La equivalencia funcional es resaltada por Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 363, 381 como fundamento —junto a una “*epistemology of constructive functionalism*”— de un método funcional más robusto, sobre su cercanía a la *praesumptio similitudinis* p. 370 s. (371: “*functional equivalence is similarity in difference*” en la medida en que las instituciones jurídicas pueden ser similares con relación a la función que cumplen, pero en sí pueden ser al tiempo diferentes); al respecto nuevamente crítico Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 436 s.; Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 46 (“*misleading to assume that modern criminal justice systems all face the same ‘problems’...*”); relativizando Dannemann, *Comparative* (nota al pie 71), p. 338, 394-6, 399, 401, 406, 418 s. (solo respecto a los resultados prácticos de una micro-comparación e incluso por funcionalistas mismos relativizado; al final, tanto las semejanzas como las diferencias son igual de importantes y el balance apropiado en la atención sobre unas u otras depende del objetivo de la comparación); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 77 s., § 3 nm. 15, 194-7. La presunción de similitud es de todas maneras una presunción y por consiguiente se puede desvirtuar, dado que “*comparative work is both about discovering surprising differences and unexpected similarities*” y “*what we will usually need to explain is the unfamiliar mixture of both ...*” (Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 32, 37); también Jansen, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 306, 336 (búsqueda de “*similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena*”, “*process of constructing relations of similarity and dissimilarity*”); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 184). Sobre *praesumptio dissimilitudinis* en la comparación de sistemas jurídicos no nacionales Wendehorst, *Rechtssystemvergleichung* (nota al pie 91), p. 31.

100 Resumiendo la crítica al funcionalismo Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 6 ff. (diferenciando entre la crítica al enfoque, al trasfondo y del posmodernismo), 189 ss. (identificación de los diferentes estilos de pensamiento de los funcionalistas y de sus críticos); también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 27 s., 37 ss. (identifica tres puntos críticos: énfasis excesivo en las semejanzas, aceptación inadmisibles de que existen los mismo problemas sociales, así como —crítica posmoderna— de que el derecho cumple funciones específicas).

101 Crítico por ejemplo Roberts, *On Method* (nota al pie 2), p. 540 con más referencias.

102 Con material ilustrativo H. Jung, *Rechtsvergleich oder Kulturvergleich*, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, p. 1467 (1475 ss.).

103 De esta manera se pasa de la comparación de problemas funcionales a la comparación de conceptos, la cual en todo caso hace parte del enfoque funcional; ver Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 166-9, 190-2.

104 Ver también Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 45 (quien critica que para el enfoque funcionalista el rol de los actores es irrelevante), 48 (“*finding out what criminal justice actors ... actually think ...*”); para esto también T. Hörnle, *Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft*, en: K. Tiedemann/U. Sieber/H. Satzger/C. Burchard/D. Brodowski (ed.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Baden-Baden 2016, p. 289 (303); sobre teoría del derecho comparativa (*comparative jurisprudence*) Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 129 s. (“*law in minds*”). De hecho, uno de los padres del enfoque funcional (nota al pie 89), Hein Kötz, aceptó en 1998 que este método tiende a dejar de lado los procesos mediante los cuales se generan ciertos resultados (Kötz, *Abschied*, nota al pie 48, p. 505).

105 Un “giro cultural” de este tipo ha sido discutido especialmente en la *literatura francesa e inglesa*, ver P. Legrand, *Le Droit Comparé*, 5. edición, Paris: Presses universitaires de France 2015, p. 123 (“*la comparaison ... sera CULTURELLE ou ne sera pas*”); al respecto H. Jung, *Kontinuität und Wandel – Der französische Beitrag zur Theorie*, en: U. Sieber/G. Dannecker/U. Kindhäuser/J. Vogel y otros (ed.),

este sentido, se debe proceder de manera empírica¹⁰⁶, desde una perspectiva macro, para llevar a cabo —al contrario de la frecuente implementación esquemática de instituciones jurídicas (“trasplantes jurídicos”)¹⁰⁷—

la adaptación pertinente a cada cultural jurídica y así no solamente hacer los ajustes necesarios respecto a la institución jurídica adoptada, sino también para lograr entender adecuadamente (en su contexto) las ins-

Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Köln 2008, p. 1515 (1521 s.); V.G. Curran, Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law, AJCL 46 (1998), p. 43 (reclamando, en la p. 51, una “immersion into the political, historical, economic and linguistic contexts”, para emprender una “valid examination of another legal culture”); R. Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture, en: Reimann/Zimmermann (ed.), Handbook (nota al pie 12), p. 709 ss. (711) (“Culture ... appears fundamental – a kind of lens through which all aspects of law must be perceived ...”); D. Nelken, Defining and using the concept of legal culture, en: Öricü/Nelken (ed.), Comparative Law (nota al pie 54), p. 109 ss. (110: “... a focus on legal culture directs us to examine the interconnections between law, society and culture as they are manifested also in the ‘law in action’ and the ‘living law’.”); Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 48 ss.; Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 101 ss., 119 ss. (“cultural turn” como consecuencia de la crítica posmoderna al derecho comparado tradicional, consideración de la “legal culture” como parte de un derecho comparado socio-jurídico); desde la perspectiva alemana recientemente G. Olson, Introduction: Mapping the Pluralist Character of Cultural Approaches to Law, German Law Journal (GLJ) 18 (2017), p. 233 ss. (245) (“transdisciplinary and culturally-oriented research on law in Germany”) y F. Reimer, Law as Culture? Culturalist Perspectives in Legal Theory and Theory of Methods, GLJ 18 (2017), p. 255 ss. (sobre la relación entre cultura y derecho desde el punto de vista alemán). En la **literatura alemana** se encuentran autores, incluso desde el siglo XIX con Wilhelm Arnold y Josef Kohler, que problematizan la relación entre derecho y cultura (ver Reimer, en el lugar arriba mencionado, p. 256 con más referencias). Algunas décadas después Radbruch definió al derecho como un “fenómeno cultural” [“Kulturerscheinung”] y a la ciencia jurídica como “ciencia de la cultura” [“verstehende Kulturwissenschaft”] (Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 34, 115), para hablar de “comparación entre las culturas jurídicas” [“Vergleich zwischen den Rechtskulturen”] (Solo la comparación entre las dos culturas jurídicas enseña a valorarlas en su singularidad, en sus deficiencias y en sus ventajas [“Erst der Vergleich zwischen den beiden Rechtskulturen lernt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen”], G. Radbruch, Erneuerung des Rechts, en: A. Kaufmann (ed.), Gesamtausgabe, Tomo 3: Rechtsphilosophie, Heidelberg 1990, p. 80 (81); siguiendo a Radbruch H. Scholler, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen-Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung, en: F. Haft (ed.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 743 (744); también Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 182, 185, 220-5, § 4 nm. 40-44; Reimer, en el lugar arriba indicado, p. 262 [“compare law means to compare cultures”], quien es de la opinión de que “almost any legal system can be viewed as a cultural archive – a repository of the history of social-political thought”, p. 269); aunque la discusión en términos jurídico-penales es más reciente, ver Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 22 s.; Beck, Strafrecht (nota al pie 33), p. 65 ss. (derecho comparado referido a la cultura, el cual “va más allá de la comparación de culturas jurídicas e incluye diversos hallazgos interdisciplinarios sobre la cultura” [“über den Vergleich von Rechtskulturen hinausgehend, diverse interdisziplinäre Erkenntnisse über die Kultur ... in die Vergleichung einbezieht”], p. 67); crítico al respecto Fateh-Moghadam, Funktionalismus (nota al pie 95), p. 49 s. (sin embargo, desde la perspectiva del funcionalismo operativo, ver nota al pie 95); crítico debido a un cierto nacionalismo Wendehorst, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 32 s. —Sobre un derecho comparado contextual solo diferente en la denominación (ver nota al pie 93)— que también incluye la cultura jurídica, ver Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 146 ss., 199 ss. (en resumen nm. 201; haciendo énfasis en la teoría del error 202), § 4 nm. 45 s.; similar sobre la dependencia contextual y reclamando un “cambio contextual de las teorías” [“eines Kontextwechsels der Theorien”] K. Yamanaka, Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg-Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, en: M. Jehle/V. Lipp/K. Yamanaka (ed.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, p. 173 (174 s.); con más detalle y con ejemplos, *el mismo autor*, Kontext- und Paradigmenwechsel bei Rechtsrezeption und –fortbildung mit Beispielen der japanischen Strafrechtswissenschaft, en: E.W. Plywaczewski and E.M. Guzik-Makaruk (ed.), Aktuelle Problem des Strafrechts und der Kriminologie, Warschau 2017, p. 252 ss. (análisis del cambio de contexto con relación a conceptos y sistemas jurídicos recepcionados en el sistema social y de normas así como en la argumentación); sobre el desarrollo actual del derecho penal japonés G. Duttge/M. Tadaki (ed.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jh., Tübingen 2017. Sobre la relación entre enfoques jurídico-culturales y pluralistas ver Olson, en el lugar arriba mencionado, p. 233 ss. así como el número correspondiente del GLJ.

106 Sobre derecho penal comparado empírico ver por ejemplo R. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden 2011, p. 65; Nelles, Rechtsvergleichung (nota al pie 87), p. 1013 ss.); sobre el enfoque empírico en el derecho comparado en general ver Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837, 856; sobre enfoques socio-jurídicos y cuantitativos Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 119 ss., 145 ss. (sobre “comparative criminal law” en este sentido p. 140 ss.); sobre el enfoque empírico en *comparative criminal justice* nota al pie 10 así como el texto principal correspondiente.

107 Fundamental al respecto Watson, Legal Transplants (nota al pie 13), p. 21; de manera comprensiva sobre la razón, efectos, formas y práctica (desde el derecho romano) Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 190 ss. (reconociendo se importancia real en el desarrollo del derecho, diferenciando la dependencia contextual para identificar efectos positivos y negativos y proponer una orientación más fuerte hacia las distintas políticas); también Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 34 ss., § 3 nm. 127 s.; crítico frente a la imposición del derecho penal extranjero A. Eser, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu “wertenden” Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), p. 1441 (1459 s.).

tituciones jurídicas existentes¹⁰⁸. Un enfoque funcional ampliado de esta manera permite tener en cuenta las particularidades culturales¹⁰⁹ de cada ordenamiento jurídico¹¹⁰, sin pretender una comparación cultural demasiado ambiciosa¹¹¹; los aspectos culturales a los

que se hace referencia —la correspondiente “cultura de control”¹¹²— se deben tener en cuenta, más bien, de manera complementaria¹¹³, no solamente para “reprimir” la subjetividad que surge del contexto cultural de cada quien¹¹⁴, sino también para ser siempre conscien-

108 Ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 18 ss. (entendimiento de distintos métodos de control social “in the context of their own structures and expectations”, 21), 40 ss. (“cross-culturally valid explanations”), 88 (“broader cultural ways of thinking”), 93 (“cross-cultural collaboration”); *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 11, 14, 75 (consideración del context jurídico-cultural, extra-jurídico, político y social [en este sentido —contexto social— sobre la importancia del la sociología del derecho § 1 nm. 36]), § 3 nm. 170 s. (condiciones de funcionamiento del derecho); también *Dannemann*, Comparative (nota al pie 71), p. 413 s.; *Basedow*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837; *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 194 ss.

109 Sobre el condicionamiento cultural en nuestro contexto ver *Schultz*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 366, 371 s.; más reciente *Hilgendorf*, Einführung (nota al pie 96), p. 23 (derecho como “parte de la cultura” [Recht als “Teil der Kultur”]); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 81, 83, 86 (“entrelazamiento” [“Verwobenheit”]); *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 90; *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 214 (“culturalmente impregnado” [“kulturell imprägniert”]); también *K. Ambos*, Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität, GA 2016, p. 177 (184-7) con más referencias; en castellano: Sobre el Futuro de la Ciencia jurídica penal alemana: apertura y metodo discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, Revista Penal 2016, p. 5 ss (19-20). Fundamental sobre los factores que marcan un ordenamiento jurídico, verbalmente (“formantes” [“Formanten”]), por ejemplo, ley, jurisprudencia) o implícitamente (“criptotipos” [“Kryptotypen”]), especialmente formas de pensamiento) ver *Sacco*, Rechtsvergleichung (nota al pie 106), p. 59 ss., 61 s., 74; crítico *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 39 ss.

110 Asimismo *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 365 (“assumes that legal rules are culturally embedded...”), 381.

111 Es posible afirmar que una comparación cultural es demasiado ambiciosa teniendo en cuenta el concepto mismo de cultura, el cual es abierto e indeterminado; esto lo deben aceptar incluso quienes promueven este tipo de comparación, ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 48 ss. (“highly controversial”, p. 50); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 71 ss. (“riesgo de la vaguedad del término cultura” [“Risiko der Vagheit von Kultur”]); al respecto también —como uno de los autores más representativos— *D. Nelken*, Using the concept of legal culture, Australian Journal of Legal Philosophy (Austl.J.Leg.Phil.) 29 (2004), p. 1 (1, 7 ss.), quien de hecho también propone una definición vaga (“stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes”, p. 1) y reconoce que dicho concepto es “difficult to define and easy to abuse” (p. 8); resumiendo *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 30 s., 44 (diferencia entre cultura jurídica externa —actitud de la población— e interna —actitud de los juristas—) y nm. 33-36 (presenta la controversia ilustrativa entre *Friedman* y *Cotterrell*), quien sigue un enfoque específicamente jurídico —a diferencia de uno socio-jurídico— (§ 4 nm. 51: “aspectos no-jurídicos del contexto”) no se dejan “solo a otras disciplinas” [“nichtjuristische Aspekte des Kontexts” nicht “alleine anderen Fachdisziplinen” überlassen]), sobrevalora la frontera entre estos dos enfoques (§ 4 nm. 38-44) y finalmente acepta el concepto de cultura jurídica haciendo referencia al contexto (§ 4 nm. 45 s.; al respecto ver nota al pie 105); crítica fundamental por *T. Gutmann*, Recht als Kultur?, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 13 (el concepto de cultura solo genera “confusión” [“Kulturbegriff stifte nur “Verwirrung”], 36 s. (“el derecho comparado que hace referencia a la cultura... está condenado al fracaso... visiones según las cuales los ordenamientos jurídicos nadan como albondigas en una sopa de culturas y se consumen completamente no pueden explicar nada” [“kulturbezogene Rechtsvergleichung... zum Scheitern verurteilt... Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer trüben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären”]); ver respuesta a la crítica en *Reimer*, Law (nota al pie 105), p. 263 ss.

112 *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 58 con más referencias.

113 Asimismo *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1054 s.; *Hörnle*, Plädoyer (nota al pie 104), p. 303 s.; reconciliando las posiciones de *Beck* (nota al pie 33) y *Fateh-Moghadam* (nota al pie 95) *W. Perron*, Operative-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung, en: *Beck* y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 121 ss. (método operativo-funcionalista para el derecho comparado legislativo y método orientado a la cultura para la unificación jurídico-penal a nivel internacional, lo cual conduce, sin embargo —en el marco del derecho comparado legislativo— a los trasplantes legales criticados líneas arriba, ver nota al pie 107); *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 67, quien presenta el enfoque que propone como complemento de los métodos existentes; mediando también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 285 ss., 313 ss. (quien en todo caso promueve expresamente la expansión del derecho comparado por medio de disciplinas no jurídicas, ver nota al pie 105, y en este sentido habla de “implicit comparative law”, pero finalmente reclama el enriquecimiento mutuo entre los enfoques); *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 212 (216) (comparación cultural parcial); *Reimer*, Law (nota al pie 105), p. 270 (diálogo entre el derecho y ciencias de la cultura); sobre interpretación teniendo en cuenta la comparación cultural *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 63 s.

114 Ver también *Beck*, Strafrecht (nota al pie 33), p. 71 (percepción consciente de la subjetividad del punto de partida propio), 77 (revelación del condicionamiento cultural propio); también *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 12-4, 186 s. (entendimiento estrecho de neutralidad y libertad de prejuicios), 227 s. (perspectiva jurídica nacional como fuente de errores); *Jansen*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 314 s. (“wholly neutral perspective ... neither possible nor desirable...”). La subjetividad de quien realiza una comparación fue señalada especialmente por *Legrand*, Droit (nota al pie 105), p. 5 y desde el escepticismo epistemológico de otras visiones posmodernas (al respecto *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 28; también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 97); ver también *Frankenberg*, Comparisons (nota al pie 48), p. 414 ss. (por esto la diferenciación mencionada arriba) y *Nelken*, Comparative

tes de la relatividad y condicionalidad valorativa del ordenamiento jurídico propio¹¹⁵. Todo esto hace que la cooperación interdisciplinaria sea necesaria¹¹⁶, lo cual de todas maneras no implica que todos los factores culturales y toda la complejidad que encierra el fenómeno estudiado pueda ser comprendida automáticamente¹¹⁷. Al final se depende en buena medida de la experticia y seriedad de los socios cooperantes provenientes de los ordenamientos jurídicos foráneos¹¹⁸, mientras no se tenga la posibilidad de familiarizarse con éstos mediante estadias de investigación medianamente largas¹¹⁹.

Adicionalmente, el método que involucra el sistema de justicia penal en general, como subyace a la *comparación estructural* jurídico-penal [strafrechtlicher

Strukturvergleich]¹²⁰, posibilita la identificación más exacta de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos particulares, especialmente a nivel de la aplicación del derecho. El objetivo de una comparación estructural de esta clase consiste en investigar la “conexión específica de regímenes normativos y aplicación práctica del derecho” en diferentes ordenamientos jurídicos¹²¹, por medio de un método empírico-inductivo de análisis de casos —desde la subsunción de un supuesto fáctico¹²² hipotético bajo el derecho penal material vigente, pasando por el tratamiento jurídico-procesal, hasta llegar a la etapa de ejecución penal^{123—124}. Las variaciones en el supuesto fáctico¹²⁵ permiten precisar las diferentes valoraciones del contenido de injusto de los hechos re-

(nota al pie 2), p. 18 ss. (peligro del etnocentrismo). Los prejuicios que de aquí resultan explican la afirmación de Damaška, según la cual “lawyers socialised in different settings of authority can look at the same object and see different things” (M. R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven: Yale University Press 1986, p. 66).

115 Convincente *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 75 (derecho como “acuerdo entre todas las verdades y valores de una sociedad determinada” y “en todo caso como expresión y elemento precisamente de la cultura y de la comunicación de una sociedad histórica y geográficamente específica” [Recht als “Kompromiss zwischen alle individuellen Wahrheiten und Werten einer konkreten Gesellschaft” und “doch notwendig Ausdruck und Element gerade der Kultur und Kommunikation dieser historisch und geographisch speziellen Gesellschaft...”).

116 Ver también *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 80; *Meyer*, *Internationalisierung* (nota al pie 33), p. 92; en general sobre la necesidad de la interdiscipliniedad ver *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 14; *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 368 s.; sobre interdiscipliniedad como visión metodológica (inglesa) *Roberts*, *Interdisciplinarity* (nota al pie 81), p. 92 ss.; escéptico, sin embargo, *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 162-4 (resaltando los métodos jurídicos originales y rechazando los “préstamos” de disciplinas extrañas).

117 Esto lo acepta también *Beck*, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 80 (la consideración de todos los factores culturales es imposible, la cultura es “categóricamente incomprendible” [“kategorisch nicht fassbar”).

118 Sobre este problema ver nota al pie 128.

119 Ver en este sentido la diferenciación que hace Nelken entre “virtually there”, “researching there” y “living there” (“observing participants”), la cual constituye un “continuum running from least to greatest engagement with another society” y su ordenamiento jurídico, *Nelken*, *Comparative* (nota al pie 2), p. 93 ss. con más referencias; sobre la necesidad de intercambio (“immersion”) en el ordenamiento jurídico extranjero también *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 104 ss. (reconociendo con razón que no es posible ser un “complete insider”, p. 308); sobre las dificultades de la investigación sobre el derecho vivido ver también *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 265.

120 Sobre este concepto ver también *W. Perron*, *Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts “Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich”*, en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/H.-G. Koch (ed.), *Grenzüberschreitungen: Beiträge um 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg 1995, p. 127 ss.; *del mismo autor*, *Grenzen* (nota al pie 69), p. 291 ss.; también *Jung*, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 2 s.; *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 363 (366 ss.) (quien probablemente se inspiró en las consultas del Consejo Asesor del Instituto Max-Planck, al cual perteneció durante el desarrollo del proyecto sobre comparación estructural, ver también del mismo autor nota al pie 19); sobre el origen del proyecto, el cual se remonta al año 1988, ver *A. Eser*, § 1 *Zur Genese des Projekts-Ein Werkstattbericht*, en: *Eser/Perron* (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 3 (14 ss.).

121 [“spezifische Verbindung von normativen Regelungen und praktischer Rechtsanwendung”] En *Eser/Perron* fueron cubiertos ocho países (Alemania, Inglaterra/Gales, Francia, Italia, Austria, Portugal, Suecia y Suiza); sobre la justificación de esta limitación ver *W. Perron*, § 2 *Ziel und Methode der Untersuchung*, in *Eser/Perron* (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 27 (37).

122 “Método de la solución de casos ficticios” [“Methode der Lösung fiktiver Fälle”], ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34) (cursiva en original). La comparación de casos ficticios garantiza la identidad del objeto de comparación; los casos reales se diferenciarían siempre entre sí (p. 35).

123 *Eser*, § 1 (nota al pie 120), p. 3 (21); *Perron*, en el mismo lugar, p. 31; *Perron*, en el mismo lugar, p. 767-770; ver también en este sentido el catálogo de criterios para las entrevistas con los expertos naciones, en el mismo lugar, p. 39 s.; antes también *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 12 (inclusión del “curso real de la administración de justicia... desde la investigación policial hasta... salida de la ejecución” [“Einbeziehung des “tatsächliche[n] Gangs der Strafrechtspflege ... von der polizeilichen Ermittlung bis zur ... Entlassung aus dem Vollzug ...”]; *Weigend*, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 218 (“... look at the foreign system as a whole...”).

124 *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29); *W. Perron*, § 11 *Einführung*, en: *Eser/Perron* (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 767.

125 Verificación de cuatro variantes del caso del tirano del hogar, ver *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32 s.), sobre la selección de este grupo de casos por medio del análisis de la literatura nacional relevante p. 38.

levantes —la “graduación del desvalor del hecho”¹²⁶—, no solamente con miras a la adecuación típica, sino también —en todo el sentido del análisis procesal de casos ya mencionado— con relación a la pena prevista, a la dosificación punitiva concreta a nivel judicial y a la ejecución penal. Quien investiga sobre el sistema jurídico de un determinado Estado debe entonces realizar entrevistas a profundidad semiestructuradas con la ayuda de juristas prácticos y académicos¹²⁷; en este sentido, la selección de las personas entrevistadas¹²⁸, así como la evaluación y/o análisis de las respuestas —necesariamente heterogéneas¹²⁹— adquieren una relevancia especial¹³⁰. La referencia al proceso penal está dirigida al resultado en tanto se debe preguntar si el tipo de proceso en el caso específico tiene alguna influencia en la sentencia y en una posible condena y, de ser así, en qué medida; mientras que el curso del proceso penal como tal (en cuanto proceso penal ordinario o abreviado), así como las cargas que pueda tener el acusado son, al contrario, dejadas de lado¹³¹. De esta manera debe ser posible adquirir información sobre el “funcionamiento real” de las normas jurídico-penales en el ordenamiento jurídico analizado y extraer de

allí las similitudes y diferencias con otros sistemas¹³². Además, se deben poder “reconocer las estructuras y formas de funcionamiento de las diferentes culturas jurídicas”¹³³. En primer plano no se encuentran entonces los contenidos jurídico-positivos de las diferentes disposiciones normativas individuales en sí mismas —en el sentido de una simple explicación del derecho extranjero—, sino más bien las “relaciones estructurales” entre dichas disposiciones y su aplicación práctica¹³⁴. Un enfoque de este tipo, el cual es más empírico y se ocupa del sistema de justicia penal en general, presupone (acertadamente) el reconocimiento de la limitación del enfoque “dogmático” tradicional o puramente normativo, ya que éste no solamente no puede “dar cuenta completamente” del “sentido normativo” de diferentes regulaciones nacionales¹³⁵, sino que tampoco puede explicar la forma real de funcionamiento de las disposiciones respectivas en un determinado sistema de justicia penal¹³⁶. El alcance de un enfoque de estas características obviamente depende de cuántos grupos de delitos y tipos de casos, así como de cuántos países se investiguen¹³⁷. Otra ventaja del método de comparación estructural es que el enfoque inductivo hace necesario

126 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (32). Ese era el punto central de las tres primeras variantes del caso (homicidio planeado o espontáneo del esposo mientras estaba dormido), mientras que la cuarta variante (homicidio ante un ataque) se centraba en la existencia de una posible justificante (legítima defensa) o exculpación; Perron, § 11 (nota al pie 124), p. 767 (768), especialmente sobre la absolución en la cuarta variante p. 821 s. (822-838).

127 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 s., 39 s.) (60-120 minutos por entrevista con guías para realizarlas; sobre las preguntas ver el formato de análisis en el anexo, p. 1137 ss.

128 Se escogió entre 9 (Portugal) y 17 (Francia) personas para entrevistar, tanto de la práctica como del ámbito académico, ver Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (38 s.). Crítico en general sobre encuestas a expertos Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 91 ss. (entre otras preguntas, ¿cómo podemos estar seguros de que los expertos nacionales realmente nos cuentan lo que ellos saben?).

129 Autocrítico en este sentido también Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (36) (respuestas “bastante heterogéneas” [“recht heterogen”], “vacíos considerables” [“erhebliche Lücken”] en el análisis) (44) (no siempre hay una diferencia clara entre la visión del entrevistado y el pronóstico sobre decisiones judiciales; no todas las preguntas son relevantes en todos los países, pero debido a que se trata de un método explorativo esto es inevitable); además, no todos los entrevistados cuentan con el mismo nivel de competencia en todas las áreas, ver por ejemplo W. Perron, § 16 Besonderheiten der Strafvollstreckung, en: Eser/Perron (ed.), Strukturvergleich (nota al pie 4), p. 909 (con relación a la ejecución penal solo una competencia limitada).

130 Sobre este tipo de análisis con más detalle Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (40-45) (análisis de transcripciones literales por medio de EDV); sobre el formulario de análisis ver anexo p. 1137 ss.

131 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (33 s.) (centro de atención en “la terminación del proceso mediante un veredicto sobre la culpabilidad y la pena” [Fokus auf “Verfahrensbeendigung durch Urteilsspruch über Schuld und Strafe”]).

132 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

133 [“Strukturen und Funktionsweisen der unterschiedlichen Rechtskulturen”] Perron, § 11 (nota al pie 124), p. 767.

134 Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (29).

135 [“den normativen Bedeutungsgehalt”] ... [“nicht vollständig erfassen”] Perron, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (30).

136 Sobre la consideración de “concepciones ético-sociales y ... relaciones sociales” [“sozialethischen Vorstellungen und ... sozialen Verhältnissen”], así como de la “realidad social” [“soziale[n] Wirklichkeit”] ver Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 10 s.; igualmente Perron, Grenzen (nota al pie 69), p. 286 s., 301 (“obiedad” [“Binsenweisheit”]); Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 364 (“validez empírica de las normas” [“empirische Geltung der Normen”]), 368 (“trabajo de campo” [“Feldforschung”]); Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 116 s. (inclusión de la realidad por medio del derecho comparado [“Wirklichkeitsebene”]); Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), p. 218 s.; también Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 22; Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 110 s. (inclusión de la “realidad social” [“sozialen Wirklichkeit”]).

137 En este sentido, el proyecto de comparación estructural realizado en Friburgo tiene —respecto a un solo tipo de delito (homicidio) con una sola clase de casos (tirano del hogar) y solo ocho países analizados (nota al pie 121)— un valor cognitivo limitado. Sin embargo, dicho proyecto tenía sobre todo un carácter experimental, razón por la cual debería “servir más que todo para el desarrollo y prueba de un

un proceder discursivo del proyecto a nivel grupal y de esta manera permite superar un déficit de los proyectos comparativos tradicionales¹³⁸: la elaboración paralela de los informes sobre los países comparados sin o con muy poca comunicación entre los investigadores de cada país y la elaboración del análisis transversal con preguntas (bilaterales) ocasionales a los investigadores¹³⁹. Por lo demás, el método inductivo —en el marco de un proyecto de investigación continental-europeo— también demuestra que la contraposición entre una fundamentación deductiva propia del *civil law* y una fundamentación inductiva propia del *common law* constituye una simplificación¹⁴⁰, la cual probablemente ni siquiera se puede constatar en un primer nivel teórico-jurídico de diferenciación en los diferentes sistemas

jurídicos pertenecientes a cada uno de estos dos ámbitos¹⁴¹.

Adicionalmente, la existencia de varios *tribunales penales internacionales* hace que sea necesario aplicar la perspectiva comparada no solamente de forma horizontal, para analizar los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, sino también de forma vertical, con el fin de determinar en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha sido influenciada por los sistemas jurídicos nacionales y, al contrario, en qué medida los sistemas jurídicos nacionales han sido influenciados por aquella¹⁴². En este sentido, es posible hablar de un derecho penal comparado circular —influencia del derecho nacional sobre los tribunales penales internacionales (hacia arriba) y al revés (hacia abajo)—¹⁴³, lo cual parece ser más idóneo que

método de investigación que pueda ser tenido en cuenta en futuros proyectos y trabajar con él otros temas y otros ordenamientos jurídicos” [“vorrangig der Entwicklung und Erprobung einer Untersuchungsmethode dienen, mit der in etwaigen späteren Projekten auch andere Themen und andere Rechtskreise bearbeitet werden können.”] (*Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (37); al respecto también *Ambos*, *Liberal Criminal Theory. Ansätze eines angloamerikanisch-deutschen Dialogs zu Ehren von Andrew (Andreas) von Hirsch*, GA 2017, p. 297 ss.). En general sobre la elección de países y criterios *Eser*, FS Streng, p. 673 ss.

138 Una comparación clásica de éstas tiene lugar mediante tres pasos: (1) trabajo exegético con los ordenamientos jurídicos seleccionados, dado el caso teniendo en cuenta los fundamentos socio-económicos y culturales, y elaboración de los informes por país; (2) sistematización y organización del material y de los resultados para la elaboración del análisis transversal; (3) formulación de la valoración jurídico-política y recomendaciones. Similar el modelo de tres fases para la comparación individual de *L.-J. Constantinesco/Léontin-Jean*, *Rechtsvergleichung*, Bd. 2, *Die rechtsvergleichende Methode*, Köln u.a.: Heymann 1972, p. 137 ss. (determinar, entender y comparar), también *Dannemann*, *Comparative* (nota al pie 71), p. 406-18 (selección de los objetos de comparación, así como de las preguntas y ordenamientos jurídicos; descripción de dichos objetos, del contexto y de los resultados; análisis de las diferencias y de las similitudes y de la información); para una estructura de cuatro niveles ver *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 13 ss. (la determinación de la pregunta de investigación y de los países a comparar aparece aquí como una cuestión preliminar en primer lugar, pero los otros tres pasos son similares a las propuestas ya mencionadas); aún más detallados los ocho pasos de *de Cruz*, *Comparative Law* (nota al pie 48), p. 242 ss.; resumiendo *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 32 ss., quien además da consejos útiles para la construcción de una investigación comparativa y para la forma concreta de trabajo, § 3 nm. 236 ss., 249 ss.).

139 En este sentido sobre la realización concreta de la investigación *Perron*, § 2 (nota al pie 121), p. 27 (34 ss.)

140 Ver *Chiesa*, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1098 ss.

141 Al respecto ver *Siems*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 41 ss. (concluyendo que se ha exagerado la diferenciación y que mejor se debe distinguir entre derecho occidental y no occidental, p. 68 ss.).

142 Ver, desde la perspectiva del derecho internacional, *D. Shelton*, *International law and domestic legal systems: incorporation, ransformation and persuasion*, Oxford: Oxford University Press 2011; *E. Kristjansdottir/A. Nollkaemper/C. Ryngaert* (ed.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in post-conflict States*, Cambridge: Intersentia 2012; *Eser*, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1508 s.; *A. Dolidze*, *Bridging Comparative and International law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *European Journal of International Law* (EJIL) 26 (2015), p. 851 ff. (analizando la “vertical diffusion” de instituciones jurídicas entre el Estado nacional y el derecho internacional, en forma de una “upward diffusion” de conceptos nacionales con la respectiva internacionalización como resultado y una “downward diffusion” de conceptos internacionales); desde el punto de vista del derecho penal internacional ver *M. Delmas-Marty*, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), 1 (2003), p. 13 (16 ss.) (aporte del derecho comparado, por un lado, al desarrollo del derecho penal internacional [“hybridization”], por otro lado, a su integración en el derecho nacional); sobre la influencia del derecho penal internacional a nivel nacional ver *Ebene W. W. Burke-White*, *The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), p. 279; *E. Kirs*, *Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina*, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), p. 397 ss.; *S. Horowitz*, *How International Courts Shape Domestic Justice: Lessons from Rwanda and Sierra Leone*, *Israel Law Review* (IsLRev) 46 (2013), p. 339; *N. Roht-Arriaza*, *Just a “Bubble”? Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts*, *JICJ* 11 (2013), p. 537 ss.; *Y. Shany*, *How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings? Lessons from the First Two Decades of International Criminal Justice in Operation*, *IsLRev* 46 (2013), p. 431 ss.

143 Sobre la concepción tradicional de la circulación entre ordenamientos jurídicos nacional, ver *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 25 s.

el derecho comparado¹⁴⁴ universal clásico —por lo general sobredimensionado— para desarrollar reglas y principios de validez realmente universal teniendo como base el nivel supranacional mismo¹⁴⁵ y reconociendo a la jurisprudencia supranacional como su fuente¹⁴⁶. De esta manera, por un lado, los tribunales penales internacionales hacen las veces de “laboratorios de un discurso jurídico-penal transcultural”¹⁴⁷, al tiempo que, por otro lado, los principios generales del derecho deben ser desarrollados a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales con miras a los fines y objetivos de dichos tribunales¹⁴⁸. Para esto, como se mencionó líneas arriba¹⁴⁹, es necesario que el análisis sea lo más representativo y sistemático posible. Un enfoque circular, como el que aquí se ha mencionado, toma en cuenta

las nuevas estructuras de gobierno, tal y como se han construido especialmente en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, puesto que hace más fácil entender el nivel supranacional como un nivel autónomo de creación de derecho¹⁵⁰. A su turno, los sistemas supranacionales mismos —bien sea regionales o universales— también posibilitan un análisis comparado horizontal¹⁵¹, más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, como sería, por ejemplo, la comparación entre distintos tribunales penales internacionales¹⁵².

3. Fundamento normativo

Independientemente del método aplicado, los estudios de derecho comparado no deben realizarse solo de

144 Cuyo objetivo, el cual consiste en incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido y con relación a la “jurisprudencia universal” de Feuerbach ver nota al pie 14; sobre el derecho civil *Rabel*, Aufgabe (nota al pie 69), p. 283: “Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo que aún no ha sido captado completamente por nadie con suficiente comprensión” [“Tausendfältig schillert und zittert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes.”]), es, por muchas razones, casi imposible de realizar, una de ellas es que dicho enfoque siempre ha sido eurocentrista, a pesar de que fue precisamente desde esta perspectiva que se propuso este objetivo (demasiado acrítico en este sentido *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 111 s., quien, sin embargo, con razón se refiere el problema de la sistematización, p. 114-116, el cual realmente solo se puede solucionar con ayudas informáticas; sobre el complemento informático en el derecho comparado, aunque solo rudimentariamente, p. 124 s.); también crítico *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 976-978 (“menos realista” [“wenig realistisch”], el derecho comparado “no puede ser global ni total desde el punto de vista temático” [“weder gleichermaßen global noch thematisch total sein”], sin embargo, debe ser abierto “con relación al espacio y el objeto” [“räumlich wie gegenständlich offen sein”], es decir, debe evitar el aislamiento y en principio debe ser lo más amplio posible); *A. von Bogdandy*, Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsvergleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschs *Comparative Matters*, Der Staat 55 (2016), p. 103 (110) (en discusión con la obra mencionada debido al universalismo norteamericano y afirmando que “todo universalismo es al mismo tiempo un particularismo” [“ein jeder Universalismus doch stets auch ein Partikularismus ist”]). Obviamente, en este contexto juega un rol importante el problema varias veces mencionado de los recursos, al respecto por ejemplo *Callies*, Rolle (nota al pie 91), p. 173 s.

145 Para una discusión instructiva sobre los efectos de la globalización sobre la administración de justicia y el derecho comparado ver *Nelken*, Comparative (nota al pie 2), p. 71 ss.

146 En general, sobre la relación entre derecho comparado y jurisprudencia internacional, ver *E. Rabel*, Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung, *RabelsZ* 1 (1927), S. 1 (5 ff.); sobre el derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional ver *M. Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, *ZaöRV* 36 (1976), p. 280; sobre la necesidad del derecho comparado con miras a la “hybridization” o “cross-fertilization” para el desarrollo de un derecho penal internacional pluralista *Delmas-Marty*, Contribution (nota al pie 142), p. 13, 16, 18-21; más específico, sobre el desarrollo de principios generales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *F. O. Raimondo*, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Leiden: Nijhoff 2008, p. 84 ss.

147 [“Laboratorium für transkulturelle Strafrechtsdiskurse”] *J. Vogel*, Transkulturelles Strafrecht, *GA* 2010, p. 1 (12); también *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1003.

148 *Eser*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1111.

149 Ver nota al pie 54.

150 Ver al respecto *Meyer*, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 90 ss. (resaltando la necesidad de enfoques multidisciplinares).

151 Al respecto desde una perspectiva principalmente civilista *Wendehorst*, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 8 ss. (quien entiende por “sistemas jurídicos no atados al derecho nacional” [“nationalrechtlich ungebundene Rechtssysteme”] también aquellos sistemas que no están anclados institucionalmente, como por ejemplo, el derecho religioso o los principios del derecho reconocidos en un área determinada).

152 Ver, desde una perspectiva más normativa, *R. O’Keefe*, *International Criminal Law*, Oxford: OUP 2015, p. 111 ss., 483 ss.; *K. Ambos*, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford: OUP 2013, p. 40 ss. (51-3); *del mismo autor*, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford: OUP 2016, p. 8 ss. (44); desde una perspectiva decididamente más empírica *A. Smeulers/B. Hola/T. van den Berg*, Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures, *Int.Cr.L.Rev.* 13 (2013), p. 7 ss.

forma instrumental, buscando resultados concretos¹⁵³, pues también se deben tener en cuenta —en el sentido de un derecho comparado valorativo [*wertende Rechtsvergleichung*]¹⁵⁴ o, en todo caso, como lo haría un legislador democrático¹⁵⁵— las decisiones axiológicas que en términos *constitucionales y de derechos fundamentales* han tomado los Estados liberales de derecho¹⁵⁶. Esto se desprende de la necesidad de valoración mencionada líneas arriba¹⁵⁷, puesto que con el análisis comparado surge la pregunta subsiguiente sobre la mejor forma de cumplir dichos ideales. El método funcional no proporciona los elementos necesarios para realizar esta valoración, pues se enfoca, desde una perspectiva micro, sobre todo en los rendimientos de cada institución jurídica analizada¹⁵⁸. En todo caso, el interés por establecer el grado de realización de los valores constitucionales y el respeto a los derechos humanos constituye solo un punto de partida en un meta-nivel, el cual se debe concretar de manera intersubjetiva en el marco de cada proyecto de investigación comparativo¹⁵⁹.

Un derecho (penal) comparado de orientación funcional, estructural y cultural se enfoca también en la construcción teórica de fundamentos, de ahí su carácter científico. Con esto no se quiere negar la relevancia del derecho penal comparado legislativo o judicial¹⁶⁰. Sin embargo, los análisis comparados teóricamente más elaborados van más allá de las preguntas concretas relevantes para un legislador o un juez y buscan también comprender de manera general el sistema penal como un todo, sus principios fundamentales y las instituciones que lo soportan. En este sentido, el derecho penal comparado puede ser considerado como método, en general, de la dogmática jurídica y, en particular, de la dogmática jurídico-penal¹⁶¹, ya que a través suyo es posible sistematizar el contenido del derecho vigente y, mediante la comparación de diferentes enfoques y soluciones, contribuir a su aplicación consistente y libre de contradicciones. El derecho penal comparado así entendido supone sobre todo investigar y discutir (teóricamente) los fundamentos del sistema penal, más allá de la simple comparación de normas jurídicas y conceptos dogmáticos, bien

153 Crítico en este sentido *J. Vogel*, Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 205 (207 ss.); también *P. Hauck*, Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der EU, en: ibíd., p. 255 (260); *Kubiciel*, Funktionen (nota al pie 94), p. 218 s.; *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1460; también *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 351.

154 Fundamental, también sobre la historia de los conceptos *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1443 ss. (1450 ss.); *del mismo autor*, Entwicklung (nota al pie 4), p. 929 (1020 ss.); antes también *Jung*, Wertende (nota al pie 33), p. 1 ss.; sobre la importancia para el derecho europeo *Heun*, Rechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 26 s.; delimitando frente al derecho penal comparado en donde se comparan valoraciones [*wertvergleichende Strafrechtsvergleichung*] *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 119 ss.; sobre "values" y "evaluation" en la dogmática jurídica *N. Jareborg*, Legal Dogmatics and the Concept of Science, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), p. 49 (57).

155 Sobre la vinculación del legislador democrático a los derechos fundamentales, prohibición de arbitrariedad y derechos humanos ver *Ambos*, Zukunft (nota al pie 109), p. 187; *Ambos*, Futuro (nota al pie 109), p. 16.

156 Para un fundamento axiológico anclado en los derechos humanos ver también *H. Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Bern y otros 1992, p. 43-48; también *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 121 s. ("orientación hacia el ser humano en una sociedad abierta y así hacia el principio general de la libertad..." ["*Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip ...*"]); también *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1463 s.; *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 79 ss. ("comparación ... orientada a los derechos humanos" ["*menschenrechtsorientierte ... Vergleichung*"]); antes también *K. Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung, Berlin 2004, p. 45. Un enfoque orientado a la obtención de beneficio económico y a la eficiencia, como subyace especialmente al análisis económico del derecho (ver *Kischel*, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 56 ss., 68 ss.), no es compatible con esto (crítico frente al análisis económico en el derecho comparado también ibíd., § 3 nm. 65-7ff., 95 s., quien señala que aquí solo se emplea el análisis económico ortodoxo de manera selectiva y limitada); predominantemente económico es también el derecho comparado estadístico, al respecto ibíd., § 3 nm. 106 ss.; sobre derecho comparado numérico en este sentido también *Siems*, Comparative Law (nota al pie 12), p. 145 ss.

157 Ver nota al pie 69 s.

158 Ver *Michaels*, Functional (nota al pie 73), p. 373 ss. (381).

159 Ver *Sieber*, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 119-123 (con delimitación correcta de las preguntas preliminares frente a la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación [problemas comparables] (2) comparabilidad de los parámetros de valoración y (3) comparación de las normas concretas, p. 119-21); también *del mismo autor*, Grenzen (nota al pie 79), p. 53 ss.; crítico y complementando desde una perspectiva "evaluativa-competitiva" *Eser*, Evaluativ (nota al pie 107), p. 1447 (1449 s., 1450 ss.), en donde él entiende como tal un derecho comparado cuyos "objetivos... pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la compatencia de intereses específicos" ["*deren Zielsetzungen ... von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können...*"] (p. 1453, con más detalle 1454 ss.) y diferencia entre funciones y métodos (p. 1450 ss., 1460 ss.).

160 Sobre esta clasificación del derecho comparado ver nota al pie 62 ss.

161 Ver también *M. Donini*, Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa, Berlin 2006, p. 30; similar sobre la relación simbiótica entre derecho comparado y dogmática *Junker*, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 924.

sea analizando a profundidad fenómenos específicos (perspectiva micro) o estudiando aspectos generales de cada sistema y sus instituciones (perspectiva macro)¹⁶², así como sus efectos en diferentes contextos sociales y culturales¹⁶³. De esta manera, como se mencionó al principio de este trabajo¹⁶⁴, es posible analizar críticamente el sistema jurídico propio¹⁶⁵. En todo caso, el derecho comparado así desarrollado no está libre de objetivos más concretos¹⁶⁶, ya que (como toda investigación con la cual se pretende identificar y elaborar fundamentos) de todas maneras busca proporcionar conocimientos sobre temas puntuales¹⁶⁷ y aspira a tener validez inter-

cultural¹⁶⁸, en el camino (pedregoso) hacia una ciencia jurídico-penal universal¹⁶⁹.

IV. SITUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL COMPARADO

La internacionalización a la que se hizo referencia al principio del presente trabajo, y de la que hoy en día tanto se habla, indudablemente ha conducido a que la *investigación* comparativa gane mayor importancia; así lo demuestran el número de tesis doctorales y de colecciones en distintas editoriales con enfoque com-

162 Sobre derecho comparado micro y macro ver por ejemplo *Jung*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 362 s.; *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 17 s. Esta terminología [*Mikro-und Makrovergleichung*] no está libre de discusión; en otro sentido por ejemplo *Sacco*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), p. 29 s. (comparación al interior de una familia jurídica o entre familias jurídicas); sobre "sistemología" [*Systemologie*] (comparación de sistemas) como aporte original del derecho comparado a la ciencia *ibíd.*, p. 125-127; desde la perspectiva de las familias jurídicas *Dannemann*, *Comparative Law* (nota al pie 71), p. 387 s.; desde una perspectiva histórica *Basedow*, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 830 s.; más reciente *Wendehorst* (nota al pie 91), p. 1 ss. Además, esta diferenciación no se puede realizar siempre con claridad, más bien existe "una continuidad creciente de comparaciones que identifican tipologías a nivel muy especializado... hasta llegar a una división en jurisdicciones con un alto grado de generalización" [*ein Kontinuum zunehmend typisierender Vergleich vom sehr spezialisierten Einzelvergleich ... bis hin zu hochgradig generalisierenden Einteilung in Rechtskreise.*] (*Kischel*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 18).

163 Ver también *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 94 s., 109 s. (conocimiento sistemático de distintos ordenamientos jurídico-penales); *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 973-975 (con una lista de diferentes orientaciones); como asignatura básica desde una perspectiva histórica *A. Koch*, *Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung*, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), p. 1483 (1485 ss.).

164 Ver arriba apartado C.I.

165 Ver también *Hilgendorf*, *Einführung* (nota al pie 96), p. 15; *Mona*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 104, 106 ss. (quien por esta razón define al derecho comparado como una "disciplina subversiva" [*subversive Disziplin*]). Esto sucede (por su puesto), con mayor razón, cuando se trabaja como jurista extranjero en un ordenamiento jurídico distinto al propio, al respecto con experiencia propia *O. Lagodny*, *Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre*, *ZIS* 2016, p. 679.

166 Asimismo *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 963-965 (resaltando con razón la legitimidad de los objetivos y la corrección de los métodos); diferente, sin embargo, la opinión mayoritaria, *Jeschek*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 90) p. 764; *G. Kaiser*, *Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie*, en: G. Kaiser/T. Vogler (ed.), *Strafrecht – Strafrechtsvergleichung*, Freiburg 1975, p. 79 (82); *Schultz*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 8 ("pura comparación" [*reine Forschung*]); así también *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 94; igualmente *Callies*, *Rolle* (nota al pie 91), p. 174.

167 Asimismo *Mona*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 109, quien a pesar de citar a Schultz (nota al pie 166), reconoce que se deben perseguir objetivos más generales, como por ejemplo la justicia. El mismo Schulz se pregunta por los "objetivos científicos" [*wissenschaftliche Ziele*] del derecho comparado (p. 19).

168 Sobre el "principio de generalización" en este contexto, el cual hace referencia a la capacidad de generalización de ideas jurídicas o instituciones, ver *von Bogdandy*, *Rechtsraum* (nota al pie 32), p. 1.

169 Frente a esto *von Liszt* (*Einführung* (nota al pie 78), p. XX, XXV) declaró como principal tarea del derecho comparado [*höchste Aufgabe*] la construcción de "una ciencia jurídico-penal común a partir de todos los ordenamientos jurídicos individuales, pero que va más allá de todos ellos" [*eine "gemeinsame, allen einzelnen Rechten entnommene, aber über ihnen allen stehende Strafrechtswissenschaft"*] como "derecho del futuro" [*Recht der Zukunft*]]; más ambicioso sobre una ciencia jurídico-penal "universal" *Sieber*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 129 s., aunque en este sentido es posible preguntar críticamente qué ha sucedido con el "Sistema de Información para Derecho Penal Comparado" del Instituto Max-Planck [*Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung*] (*Sieber* *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 124, 129). Según la página web de dicho Instituto, en el marco del proyecto que debe tener lugar entre 2004 y 2018 se han investigado 25 ordenamientos jurídicos con relación a varios problemas de la parte general del derecho penal y se han publicado varios tomos al respecto; sin embargo, esta información aún (¿?) no está disponible de forma digital (a pesar de que lo términos "*Informationssystem*" y "*virtuelles Institut*" permiten suponer que debería estarlo), ver <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> (21.4.2017). La idea original fue presentada en el año 2000 por Ursula Nelles, con ocasión de la invitación del Director del Instituto de ese entonces, *Eser*, ver *Nelles*, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 87), p. 1005 s. con pie de página 1, 1016 s.; también crítico sobre la implementación *Eser*, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 976 s. Sobre una "ciencia jurídico-penal transnacional" [*transnationale Strafrechtswissenschaft*] también *Hörnle*, *Plädoyer* (nota al pie 104), p. 303 ss.

parativo¹⁷⁰. La investigación que se lleva a cabo en Alemania es razonablemente visible a nivel internacional, aunque también aquí tiene primacía el idioma inglés¹⁷¹. En este sentido se debe destacar que una de las principales obras contemporáneas de derecho comparado ha sido escrita precisamente por un investigador alemán que actualmente se desempeña como profesor en Inglaterra¹⁷². Sin embargo, la internacionalización no ha tenido el mismo efecto sobre la enseñanza del derecho, a pesar de que la importancia del derecho comparado en este ámbito ha sido reconocida desde tiempo atrás¹⁷³ y de que éste es considerado, con razón, como una asignatura básica¹⁷⁴, precisamente debido a que esta disciplina es capaz, como ninguna otra, de generar reflexiones críticas sobre el derecho propio. De hecho, anteriores reclamos, mediante los cuales se llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta en la formación de nuevos juristas la internacionalización¹⁷⁵, únicamente han conducido —al margen de algunos pocos proyectos emblemáticos¹⁷⁶— al establecimiento del derecho europeo como curso obligatorio¹⁷⁷. El derecho

(penal) comparado sigue estando en una especie de estancamiento, de manera que la afirmación realizada por Jung en 1998, según la cual “aún no es fácil” para el derecho comparado “encontrar su espacio en los estudios de derecho”¹⁷⁸, todavía hoy se mantiene vigente¹⁷⁹. Incluso la jurisprudencia acude al derecho comparado solo de manera selectiva y buscando sobre todo fundamentar resultados concretos¹⁸⁰.

La poca importancia que el derecho penal comparado ha tenido en la práctica se debe también a que los estudios comparados del derecho han sido dominados por el derecho civil¹⁸¹. Así, en el ámbito de habla alemana¹⁸², existen 57 facultades de derecho¹⁸³, con un total de 141 departamentos [*Lehrstühle*] de derecho comparado¹⁸⁴, de los cuales 12 tienen énfasis en derecho penal, 24 en derecho público (en sentido estricto) y 96 en derecho civil; 8 de los 11 departamentos que existen en Alemania con énfasis en derecho penal utilizan la denominación “derecho penal comparado” [*Strafrechtsvergleichung*]¹⁸⁵, mientras que la denominación de las tres restantes únicamente hace referencia a “derecho

170 Ver por ejemplo las colecciones sobre derecho penal internacional y extranjero de las editoriales Duncker & Humblot y Nomos, las cuales complementan las colecciones tradicionales del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero.

171 Así también Ambos, *Zukunft* (nota al pie 109), p. 187 s.; Ambos, *Futuro* (nota al pie 109), p. 16-17.

172 Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12).

173 Ver por ejemplo B. C. Aubin/K. Zweigert, *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht*, Tübingen 1952, p. 28 s. (“factor central de la formación...” [*zentraler Bildungsfaktor...*]); Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 20 (importancia para la instrucción académica como objetivo); Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 921 (“implementado en la enseñanza universitaria” [*in der Universitätslehre etabliert*]); además Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 378; también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 948.

174 Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 921, 927.

175 Ver Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 1.

176 Ver por ejemplo el proyecto de Wurzburgo “Sistemas Globales y Competencia Intercultural” [*Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz*], mediante el cual se intenta inculcar en la formación de juristas competencias fundamentales para el tratamiento del derecho y cultura extranjeros; al respecto Hilgendorf, *Einführung* (nota al pie 96), p. 14 así como www.gsik.de.

177 Así también Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 7 (“referencias europeas” [*europarechtliche Bezüge*]) como curso obligatorio en Saarland); sobre la importancia también Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 921. Esto también se puede confirmar con una mirada a los reglamentos vigentes de los exámenes estatales de derecho (realizada por mi asistente M. Nißle), los cuales prevén el derecho europeo como materia obligatoria (en Saarland también aspectos internacionales).

178 [*nach wie vor nicht leicht*] sei, “sich im Studium des Rechts zur Geltung zu bringen” Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 6.

179 Sobre las dificultades de la integración en la enseñanza general ver Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 18.

180 Ver E. Schramm, *Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rspr. des BGH und BVerfG*, en: Beck y otros. (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 155 ss.

181 Ver Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 1; H. Heiss, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung – Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?*, *ZVglRWiss* 100 (2001), p. 396 (401) (“típicamente ... asentado en el derecho civil” [*typischerweise ... im Privatrecht angesiedelt*]); Dubber, *Comparative* (nota al pie 15), p. 1288; Hilgendorf, *Einführung* (nota al pie 96), p. 12 (“dominio del derecho civil” [*Domäne des Zivilrechts*]); Mona, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), p. 104 s.; Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 191; Eser, *Stand* (nota al pie 33), p. 670; diferente Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 68 ss. (“cierto predominio” [*gewisse Vorherrschaft*]), pero el derecho comparado es universal y existe en todas las ramas del derecho).

182 Los siguientes datos fueron proporcionados por mi asistente Muriel Nißle con base en la búsqueda por él realizada en Internet.

183 45 en Alemania, 5 en Austria, 6 en Suiza (de habla alemana) y 1 en Luxemburgo.

184 Alemania: 126 departamentos para derecho comparado (85 derecho civil, 21 derecho público, 11 derecho penal, 9 historia del derecho); Austria: 3 departamento, 1 instituto (2 derecho civil, 1 derecho penal así como un instituto para derecho procesal civil, derecho de insolvencia y derecho procesal comparado); Suiza: 10 departamentos (8 derecho civil, 2 derecho público); Luxemburgo (1 derecho civil, 1 derecho público).

185 Bonn, Fráncfort del Óder, Friburgo, Gießen, Hamburgo, Hannover, Colonia, Osnabrück.

comparado” en general [*“Rechtsvergleichung”*]¹⁸⁶. En lo que tiene que ver con las áreas de profundización en los programas académicos, el derecho penal comparado aparece a lo sumo en el marco del derecho comparado en general¹⁸⁷, del derecho internacional¹⁸⁸ o de las ciencias criminales¹⁸⁹.

De esta manera, con relación a la formación jurídica, probablemente Alemania se mantiene rezagado frente a Francia y varios otros países¹⁹⁰. El hecho de que la situación en los Estados Unidos probablemente sea peor, si se acepta la famosa crítica formulada por el profesor de Yale John Langbein contra las facultades de derecho norteamericanas y la práctica jurídica en general en dicho país¹⁹¹, resulta de poco consuelo. Esta consideración también se puede realizar respecto a otros ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, sobre todo cuando se trata de la comparación con sistemas cuyo idioma no es el inglés¹⁹².

V. PERSPECTIVAS

A pesar de las tendencias hacia la renacionalización que surgen en medio de corrientes populistas —bien sea en Europa o más allá (*“America first”*)—, los retos que trae consigo la criminalidad transnacional, la cual ciertamente no solo se limita al denominado Estado Islámico, promueven un mayor protagonismo del derecho penal comparado, pero con mayor énfasis en la comparación integral del sistema de justicia penal que en la elaboración de fundamentos, y con especial interés en las formas de persecución penal y en la cooperación judicial. La práctica, especialmente policiva, reclama aportes dirigidos a la armonización de los sistemas penales —especialmente con miras al trabajo

conjunto de las agencias e instituciones encargadas de la persecución penal—, ya que las diferencias en los detalles técnicos y operativos dificultan la persecución penal transnacional contra sospechosos de haber cometido conductas punibles. En consecuencia, respecto al derecho penal comparado entendido como disciplina científica y académica, es posible preguntarse hasta donde está dispuesto a quedar reducido a una simple herramienta auxiliar para la consecución de intereses judiciales y policivos, con mayor razón, además, si se tiene en cuenta que difícilmente se puede esperar del derecho penal comparado tradicional respuestas aceptables desde el punto de vista práctico, que no puedan ser encontradas de todas maneras por cualquier operador judicial lo suficientemente creativo o a las que no se pueda llegar por medio de la cooperación concreta entre agencias o instituciones dedicadas a la persecución penal. El derecho penal comparado científico no debe perder el interés por el sistema penal entendido como un todo, es decir, por los fundamentos de la persecución penal propia de un Estado de derecho, en donde los derechos humanos y constitucionales se aseguren, aún cuando ésta tenga lugar más allá de las fronteras nacionales y se dirija contra personas que se definan a sí mismas como enemigas de las sociedades liberales. El derecho penal comparado entendido como investigación y elaboración de fundamentos debería entonces transformarse en una ciencia jurídico-penal inter y transnacional, en las que se discuta menos sobre la dogmática nacional de cada ordenamiento jurídico y, por el contrario, ocupe un lugar más relevante la reflexión teórica jurídico-penal, así como el análisis de los sistemas de justicia, mediante procesos orientados al diálogo intercultural¹⁹³.

186 Gotinga, Fráncfort del Meno, Berlin (Humboldt-Universität).

187 Así por ejemplo en Wurzburg,

http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich_neu_ab_SS_2012/SPB_mit_Vorlesungen_fuer_HP.pdf.

188 Así por ejemplo en Jena, http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise_SB.pdf.

189 Así por ejemplo en Berlin (Humboldt-Universität) <https://www.rewi.hu-berlin.de/sp/sp/sp7> y en Gotinga <http://www.uni-goettingen.de/de/kurzbeschreibung-sb-6---kriminalwissenschaften/450905.html>.

190 Ver Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 948 con más referencias en el pie de página 42.

191 J. Langbein, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, *AJCL* 43 (1995), p. 545 (549, 554) (“... *study of comparative procedure ... little following ... If the study of comparative law were to be banned from American law schools tomorrow morning, hardly anyone would notice. ... They operate on the assumption that the foreigners have nothing to teach ... Fortified in the lucrative fool’s paradise that they inhabit, American legal professionals have little incentive to open their eyes to the disturbing insights of comparative example*”); also más optimista V. V. Palmer, *Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years*, *Tulane Law Review* 75 (2001), p. 1093 (1097) (“*In truth, given its isolation, it would appear to have done well under the circumstances, at least by any quantitative measure*”).

192 Es sintomático que el único libro sobre derecho penal comparado (nota al pie 72; crítico C.-F. Stuckenberg, Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana: *Criminal Law. A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press 2014. XXXVIII, 671; *ZStW* 128 (2016), p. 292) es de autoría de dos alemanes (*Dubber* und *Hörnle*), de los cuales el primero enseña en Canadá.

193 Para un intento de diálogo anglo-alemán ver: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/en/anglo-german-dialogue>.