

Interpretación, analogía y Derecho consuetudinario en el Derecho penal ⁽¹⁾

Por el Profesor
Dr. ADOLFO SCHÖNKE,
de Freiburg i Br. (Alemania)

Traducción directa del alemán por el Profesor Doctor JUAN DEL ROSAL, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

I. En los últimos quince años, la cuestión acerca de las fuentes del Derecho penal ha sido tema de especial atención científico-internacional, sumamente discutido. Esta investigación intenta por ello establecer que el fundamento del Derecho penal interestatal lo constituye el principio esencial *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La discusión, por otra parte, ha venido a demostrar ampliamente que la analogía en el Derecho penal no es absolutamente excluida. En razón a esto, adquiere especial relieve el Derecho consuetudinario en la Ciencia de los delitos y de las penas. En la literatura jurídica y en la jurisprudencia españolas han sido estos problemas suficientemente desarrollados (2); acaso hoy en día constituya en el más reciente Derecho alemán la cuestión de más sobresaliente novedad, como igualmente en otros ordenamientos jurídicos. Tanto en el uno como en los otros examinaremos estos problemas.

II. La ley núm. 11 del Consejo de Control sobre la abolición de algunas disposiciones del Derecho penal alemán, de 30 de enero de 1946, ha suprimido expresamente el parágrafo 2 del Código penal alemán en su última redacción. Así es que de nuevo recobra vigor el principio fundamental—que ya tuvo vigencia hasta el año 1935: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Este principio básico fué reconocido en el artículo 116 de la Constitución waimericana como derecho

(1) Agradecemos vivamente al profesor A. SCHÖNKE el envío del presente trabajo, especialmente redactado para nuestro ANUARIO.

(2) V. CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, t. I, 8.ª ed. Barcelona, 1947, págs. 160 y siguientes.

constitucional, en la forma siguiente: "Una acción sólo puede ser castigada con una pena, si con anterioridad a la realización de aquélla estaba determinada la penalidad legalmente."

III. Es completamente inadmisibles la *analogía* en el Derecho penal en cuanto suponga por parte del juez penal la creación de nuevas figuras de delitos, y ni mucho menos tampoco en punto a la agravación de los tipos legales y de las penas. Por la misma causa está prohibida la punición de una acción que al tiempo de cometerla no estuviere expresamente sancionada por una ley.

1. Es necesario que la acción enjuiciada caiga bajo un tipo de delito legalmente determinado. Una acción, cuya penalidad no resulte de la interpretación de la ley penal, no es permitido, a través de la aplicación analógica ser deducida su esfera de sanción. Así, por ejemplo, es inadmisibles que el tipo de la estafa del parágrafo 263 del Código penal pueda ser aplicado en aquellos casos en los cuales no venga en consideración un daño para el patrimonio monetario como fin y consecuencia del engaño. Como tampoco se permite estimar cualquier relación contraria al matrimonio como causa de aplicación de la penalidad del parágrafo 172 del Código penal, relativo al divorcio.

2. Igualmente es inadmisibles por aplicación analógica la agravación de los tipos penales y de las penas. Y esto es también valedero en lo tocante a las medidas de seguridad y corrección (3). Con sobrada razón ha expresado el IV Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal que queda excluido el método de la analogía, tanto en lo relativo a las penas como a las medidas de seguridad (4). En virtud de ello, por ejemplo, es inaplicable el internamiento en casas de trabajo, a tenor del parágrafo 42 del Código penal alemán, en casos análogos a los tipos allí configurados (verbigracia, en la lesión del deber de sostenimiento). De muy distinto modo es contemplada la analogía, en lo que respecta a las consecuencias del injusto, cuando aquéllas no tienen ningún carácter penal ni tampoco de medidas de seguridad conforme al parágrafo 42 y siguientes, puesto que en estos supuestos es admisible. Lo cual se afirma, sin ir más lejos, por ejemplo, en el decomiso, en cuanto esta medida no constituye ninguna pena; algunos también sostienen la aplicación analógica en el apercibimiento público del juicio penal (5). Pero, no obstante, puede afirmarse el punto de vista que en cuanto el apercibimiento realizado en el juicio penal figura como pena accesoria y es una satisfacción para el lesionado (6), no es admisible su aplicación a través de la interpretación analógica.

(3) CUELLO CALÓN, obra cit., pág. 161.

(4) V. *Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé*, 1937, páginas 750-751.

(5) V. LIEPMANN: *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*. Besonderer Teil-Bd. IV, pág. 343.

(6) Cfr. SCHÖNKE: *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Aufl., 1947), Bem. IV, 4, párrafo 13.

3. Es de todo punto exigible que una *ley* describa claramente como punible la acción humana. Así adquieren el rango de leyes todas aquellas normas penales escritas, que además constituyen las fuentes jurídicas reconocidas conforme al principio constitucional y nos liga con la fuerza de su vigencia. También vienen en consideración otras ordenaciones jurídicas, tales como las prescripciones policiales o administrativas, en cuanto representan una orden que debe cumplirse, cuya facultad se concreta en una ley. (*Doctrina jurisprudencial alemana en materia penal*, tomo 44, pág. 35.)

4. Al tiempo de realización de la acción, ésta debe estar descrita en ley como acción punible. La acción se ha perpetrado cuando el autor la ha ejecutado o, en caso de omisión, cuando debiera haberla realizado; para nada cuenta el instante de producción del resultado. (*Doctrina jurisprudencial alemana*, 57, pág. 195.)

5. La prohibición de la analogía no rige para las determinaciones puramente procesales de orden penal. (*Doctrina del Tribunal del Reich*, 53, pág. 226.)

IV.* De la prohibición de la analogía resulta la exclusión del *Derecho consuetudinario*, y, por consecuencia, no puede crear nuevas figuras de delitos ni tampoco agravar las amenazas penales (7). Con ello no quiere decirse, sin embargo, que el Derecho consuetudinario carezca de espacio en el ámbito del Derecho penal, pues, antes al contrario, en tres direcciones tiene especial significación jurídicopenal.

1. Es posible que el Derecho consuetudinario aparte de la norma penal existente por *desuetudo*. El principio básico: ninguna pena sin ley no entraña la inadmisibilidad del Derecho consuetudinario, pues aquel principio fundamental lo que hace es proteger al individuo contra cualquier arbitrariedad de la jurisdicción penal. La posibilidad de la formación de semejante Derecho consuetudinario es completamente reconocida en la doctrina dominante de la literatura jurídica alemana y extranjera (8). Prácticamente apenas si tiene relevancia este Derecho consuetudinario derogante en el área del Derecho penal general; en cambio, posee especial relieve en la legislación complementaria penal. En la época de la primera guerra mundial se calculó en más de 40.000 el número de ordenanzas penales de guerra, y la mayor parte de estas prescripciones han dejado de tener vigencia por desuso. También ahora la función del Derecho consuetudinario en esta esfera adquiere particular importancia.

Más importante que el desvío o incumplimiento de las leyes penales a través del Derecho consuetudinario lo tiene este Derecho en lo referente a la interpretación atenuada de los llamados tipos penales. Un ejemplo nos ofrece la Jurisprudencia, en lo tocante al párrafo 284 del Código penal alemán, según lo que se entiende por el con-

(7) V. CUELLO CALÓN, obra cit., pág. 167.

(8) Cfr., por ejemplo, FRANK: *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (18 aufl., 1931), párrafo 2, Anm. I, 1, b; HAFTER: *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil* (1926), pág. 16.

cepto de juego de azar, que no debe referirse nunca a aquellos en que la ganancia es insignificante y que son de mero entretenimiento y de escaso valor en cuanto al objeto de los mismos. (*Doctrina del Tribunal del Reich*, 6, pág. 74.) Igualmente pueden crearse a través de este Derecho consuetudinario nuevos motivos de exclusi6n de la pena. Un ejemplo importante, sin ir m6s lejos, lo tenemos en la causa de justificaci6n formada consuetudinariamente del llamado estado de necesidad superlegal. VON RITTER (9) ha fundamentado tambi6n la no punibilidad del expositor de cuadros y esculturas escandalosas en Museos, en virtud de la influencia del Derecho consuetudinario.

2. De otra parte, el Derecho consuetudinario ejerce cierta influencia en el Derecho penal al trav6s de otras materias jur6dicas, en las que los usos consuetudinarios acusan m6s particular destaque. As6, en los Derechos privados, administrativo y en otras disciplinas del saber jur6dico que a la vez se proyectan en el Derecho penal. La m6s reciente doctrina jurisprudencial alemana nos muestra palpables ejemplos a este respecto. En el par6grafo 292 del C6digo penal alem6n se presupone que puede tirarse a animales de caza. Y antes de la creaci6n de la Ley de Caza del Reich se consider6 como posible cazar en buena parte lo que el Derecho consuetudinario entend6a por animales de caza; igualmente rigi6 el Derecho consuetudinario, por ejemplo, en muchas partes de Alemania para precisar la pregunta de que se comprend6a por caza de conejos salvajes (*R. G. S.*, t. 46, p6g. 111). El Tribunal del Reich mantuvo a prop6sito de esta cuesti6n la tesis siguiente: "La represi6n de lo que no determina el Derecho consuetudinario no debe ser castigado, pues con ello no se infringe el par6grafo 2 del C6digo penal alem6n, seg6n el cual se requiere que la pena est6 expresada en la ley... La prescripci6n contenida en el par6grafo 2 del C6digo penal alem6n no constituye ninguna limitaci6n para la validez del Derecho consuetudinario sobre otras esferas jur6dicas si aqu6l viene a ser una especie de complementaci6n de la ley penal" (*R. G. S.*, t. 46, p6g. 111). Tambi6n las modificaciones consuetudinarias de los preceptos relativos a la propiedad es de suyo posible. De otra parte, sobre cualquier otra materia del Derecho pueden producirse alteraciones al trav6s del Derecho consuetudinario que deban tenerse en cuenta en el Derecho penal.

3. Pero la significaci6n de mayor importancia la tiene el Derecho consuetudinario en la Ciencia de los delitos y de las penas, en lo referente a suplir las lagunas de la misma; en una gran parte de la teor6a general del Derecho penal se notan ciertas faltas en las prescripciones legales, las cuales se colman mediante el Derecho consuetudinario. Como prueba de lo que decimos, por ejemplo, y en lo tocante al Derecho alem6n, tenemos en la teor6a de la relaci6n de causalidad, en las determinaciones de los conceptos de dolo, dolo condicionado, culpa, en la teor6a de autor mediato, y, por 6ltimo, en el terreno de los impropios delitos de omisi6n. En la parte especial, por ejemplo, en la precisi6n conceptual de lo que se entiende por documento, que la direc-

(9) V. *Lchrbuch des 6sterreichischen Strafrechts*. Bd. I (1933), p6g. 21.

ción jurisprudencial ha desarrollado y el Derecho consuetudinario ha llegado ahora a delimitar. Se debe, por tanto, tener este Derecho bien delante de nuestra vista, al menos en la esfera de la teoría general de las penas de privación de libertad, como también en la dirección de la punibilidad y de su más cercana delimitación; ejemplos nos ofrece la teoría de la omisión, del dolo condicionado y de la autoría mediata.

V. También la *prohibición de la analogía* es necesario delimitarla. Está prohibida una analogía que traspase en la punibilidad las fronteras estrictamente legales; no podrá nunca castigarse una acción cuya punibilidad sea deducida de la interpretación de la ley penal ni tampoco mediante la interpretación analógica (cfr. el ejemplo más arriba expuesto bajo el número III). Fuera de esto no es completamente descartada la analogía en el Derecho penal. Así lo sostiene la Jurisprudencia alemana (por ejemplo, *R. G. S.*, t. 2, pág. 257; 56, pág. 168) y la Literatura (10), que siempre mantuvo la tesis de su admisibilidad. "La llamada analogía no se permite utilizarla en aquellos casos en que una ley no ha determinado expresamente la pena a la acción realizada. Por lo demás, en el terreno del Derecho penal la analogía puede colmar faltas de las prescripciones legales en un caso objeto de decisión judicial, y, por consiguiente, no es inadmisibles". (*R. G. S.*, t. 58, pág. 168.)

También en el año 1937, en París, con motivo de la celebración del IV Congreso Internacional de Derecho penal de la Asociación internacional, esta reunión de penalistas emitió el dictamen siguiente: "La exclusión del método analógico se refiere exclusivamente al texto, a las amenazas penales, como también a la determinación de la pena o a las circunstancias agravantes". Así, pues, ¿qué significación tiene la analogía en el Derecho penal? (11).

1. Una analogía delimitada es siempre con carácter permanente la que se aplica no sólo en lo que se refiere a los preceptos de la parte general del Código penal, sino también a los crímenes, delitos y contravenciones de la segunda parte del Código, puesto que conforme a ello se dejan precisar estas prescripciones en razón al contexto de las mismas. Y lo mismo vale también para las demás leyes penales en cuanto les sea aplicable a estos preceptos especiales la teoría general.

2. Una aplicación analógica es posible y hasta exigible en las causas atenuantes y en las presunciones procesales. Como ejemplos de esto tenemos numerosos casos, entre otros, los siguientes: En el párrafo 157 del Código penal alemán se considera la ley el estado de necesidad de testificar o deponer como de posible atenuación, pero solamente en el juramento de un testigo o de perito y en la aseveración juramentada y en la afirmación falsa de esta persona. En la interpretación analógica debe tener fuerza este motivo de atenuación de la pena,

(10) Por ejemplo, FRANK, párrafo 2, Anm. I, 2. V. HIPPEL: *Deutsche Strafrecht*. Bd. II (1930), pág. 39.

(11) Para esto, véase HREF: *Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiete des Strafrechts*, *Archiv des Criminalrechts*, 1846, págs. 100 y sigs.

aunque también en la inducción y complicidad, si estas conductas por sí mismas son punibles por el Tribunal. Esta concepción es en verdad discutible (12); a través de la prohibición de la analogía no es radiada esta atenuación, al menos para el que participa. El párrafo 46 del Código penal alemán contiene, a tenor de su redacción gramatical, una causa personal de agravación de la pena solamente para el autor; análogamente, ello es aplicable igualmente esta determinación también para el cómplice; el cómplice, en sentido amplio, puede beneficiarse de un arrepentimiento propio excluyente de la pena (*R. G. S.*, t. 59, pág. 412). Además es inferida, por ejemplo, en forma analógica al menos, a los culpables del párrafo 247, 263, capítulo 5 del Código penal alemán, que también pueden ser perseguidos por infidelidad contra los parientes de la pretensión penal (párrafo 52, cap. 2 del Código penal alemán); una pretensión penal no es exigible expresamente en el párrafo 266 del Código penal alemán de frente a los parientes.

3. También en otros casos es admisible la analogía en el Derecho penal; verbigracia, cuando la ley trata en las prescripciones sobre la concurrencia (párrafo 77 del Código penal alemán), justamente en el caso de que una acción lesione varias leyes penales (la llamada concurrencia ideal heterogénea). Una concurrencia ideal heterogénea de esta índole existe, por ejemplo, entre la lesión corporal y los daños contra las cosas, si alguno mide apoyándose en una de las dos infracciones, y por ello calibra el resultado dañoso a través de la lesión o del trozo de traje. Análogamente a la concurrencia ideal heterogénea existen los casos en los cuales la misma ley es infringida varias veces por una misma acción (la llamada concurrencia ideal homogénea); esto sucede, por ejemplo, si alguien induce en una sola conversación a cinco personas a falso testimonio. Esta analogía ha sido ya establecida en el año 1880 por el alto Tribunal de Justicia de Alemania. (*R. G. S.*; t. 2, página 257.)

Por el contrario, es perfectamente discutible si se admite o no, al menos, en el concreto y caracterizado espacio del concepto de autor. A veces, prevalece positivamente en determinados casos una desfavorable analogía del autor, si bien se rechaza fundamentalmente por varios autores (13). Prácticamente, tiene importancia esta pregunta, por ejemplo, sobre el terreno de los delitos perseguibles a instancia de parte. Según el párrafo 64 del Código penal alemán, tiene en ciertos casos el Ministerio legal un derecho de representación de la pretensión penal. La ley habla expresamente del Ministerio público en los casos de incapacidad de contratar, como sucede en los supuestos de minoridad. La opinión de mayor autoridad se inclina por el punto de vista de que es aplicable esta regulación en aquellos casos en los cuales el Ministerio público interviene en nombre del lesionado en los delitos perseguibles a instancia de parte. Igualmente reviste importancia para el llamado derecho de pretensión de acción, conforme al pa-

(12) Cfr. la demostración en SCHÖNKE, obra cit., párrafo 157.

(13) Por ejemplo, FRANK, párrafo 2.

rágrafo 1.911 del Código de procedimiento penal, en los casos de ausencia del perjudicado. Una analogía agravante no es radicalmente excluída en el cuadro concreto del autor (14). En este llamado caso puede ser, en todo caso, dudoso de si realmente se trata de una analogía o de una interpretación extensiva.

VI. La *interpretación* es igualmente posible y necesaria, lo mismo que en otras parcelas del saber jurídico, en la del Derecho penal. En cada tipo juridicopenal surgen cuestiones interpretativas de las más distintas clases y de la mayor trascendencia para el sentido del mismo; cuando un juramento es falso (parágrafo 154 del C. p. alemán), o una acción deshonesta (parágrafos 174, 176 del C. p. alemán), un hacer lesivo para la integridad personal (parágrafo 223 del C. p. alemán), o una lesión realmente representa un daño para los intereses del patrimonio ajeno (parágrafo 266 del C. p. alemán), todo ello habrá de ser fijado mediante la interpretación. Y lo mismo vale—para tomar un ejemplo de la parte general del Derecho penal—en la delimitación del círculo de la acción cuando se trata de saber en qué consiste el comienzo de ejecución (parágrafo 43 del C. p. alemán). Una interpretación plena de sentido no puede ser nunca prohibida por el legislador.

¿Cuáles son, por tanto, los principios esenciales y decisivos para la interpretación?

I. Hay que partir de la interpretación del texto de los preceptos jurídicos; “toda interpretación comienza en las palabras” (DERNBURG). Después viene la tarea de dar con el sentido de las palabras según el lenguaje legal empleado y la relación de las prescripciones legales; se habla aquí, por tanto, de una interpretación gramatical y lógica. Esta interpretación no conduce a ningún resultado si no se plantea bajo la consideración de la historia del nacimiento según el sentido y la finalidad del precepto. Estos principios interpretativos rigen tanto para el Derecho civil cuanto para el Derecho penal; ellos han sido aplicados reiteradamente en la doctrina jurisprudencial del Tribunal del Reich en materia penal. Así puede comprobarse, por ejemplo, en *R. G. S.*, t. 62, pág. 372: el juez debe “extraer del contexto también la finalidad y sentido de la ley, para cuya investigación es de importancia la historia del nacimiento y la relación de las prescripciones entre sí y con otras ya existentes determinaciones legales”. Esta interpretación conforme al sentido es exigible, verbigracia, para la precisión del concepto de las relaciones de fidelidad y para el aprovechamiento de los intereses patrimoniales ajenos en el parágrafo 266 del Código penal alemán. Esta concepción está representada también en el Derecho francés. En la Jurisprudencia y en la Literatura jurídica ha sido afirmado en forma diversa que la interpretación debe ser “literal” (*littérale*) en la esfera del Derecho penal. Esto significa solamente que se debe arrancar pura y exclusivamente de la interpretación gramatical; una interpretación orientada a la finalidad y al sentido del precep-

(14) Así, por ejemplo, especialmente, v. HIPPEL, obra cit., pág. 39.

to, de ninguna manera debe ser excluida al través de la contemplación de estos principios fundamentales; de aquí que actualmente se hable por muchos de una interpretación aclaratoria de la voluntad del legislador (“*interprétation déclarative de la volonté du législateur*”) (15).

En la cuestión relativa hasta qué extremo debe estimarse y en qué medida la historia del nacimiento del precepto y la voluntad del legislador, están frente por frente las teorías de la interpretación subjetiva y objetiva. La teoría subjetiva presupone como punto decisivo la voluntad histórica y libremente declarada del legislador, la cual es manifestada en el precepto legal. De esta manera se entiende que en la ley lo que prevalece en su regulación es lo que el legislador ha tenido presente en el momento de su redacción; con ello cree de modo razonable que se ha propuesto expresar aquella estimación que a la sazón poseía la comunidad cultural. La teoría objetiva de la interpretación entiende que se ha de considerar la ley desvinculada por entero del legislador, teniendo en cuenta pura y exclusivamente la voluntad expresada en la misma ley, cuya voluntad es una especie de fuerza viviente y constante en la ley. Así conceptúa que la ley se propone razonablemente regular cuestiones actuales y situaciones de intereses, y con ello halla expresión aquel juicio valorativo de la coetánea comunidad cultural. Ninguna de ambas concepciones puede ser aceptada en toda su pureza, entre ambas es posible buscar una síntesis. Esta síntesis es lograda al través de las consideraciones de que de la misma voluntad del legislador se infiere que “una norma también puede crearse para el futuro y que el legislador mismo quiere aplicar la norma, por ello, en correspondencia con necesidades no inmediatas, sino también venideras” (16). Esta tesis viene reiterada en la doctrina jurisprudencial penal del alto Tribunal de Justicia alemán. La historia del nacimiento de la ley tiene, pues, escasa significación, como puede verse en *R. G. S.*, tomo 37, pág. 334, porque cada ley representa en su promulgación “una fuente jurídica enteramente autónoma”, “cuya esencia y esfera de eficacia son enjuiciadas, sin duda independientemente de la puesta en práctica y de las deliberaciones del proyecto y de los sucesos acaecidos en cada uno de los componentes particulares del poder legislativo”. De nuevo es reconocido que bajo un tipo (*TATBESTAND*) pudiera ser comprendido con posterioridad al tiempo de la promulgación de la ley desenvolvimiento técnico hasta entonces desconocido. “Completamente incorrecta es la afirmación de que la ley solamente debiera ser aplicada a los casos directamente contemplados por el legislador. Este no puede de ninguna manera fijar la infinita variedad de la vida; la ley rige igualmente para todos los supuestos a los cuales les sea aplicable el precepto en virtud de una correcta interpretación, haya o no pensado en tales supuestos el legislador. Y no cabe decir que en el caso presente

(15) GARRAUD: *Précis de Droit Criminel* (15 aufl., París 1934), pág. 126; GÉGOUT, en: *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Geny*, vol. III (1934), págs. 305 y sigs.

(16) MANIGK: *Auslegung- in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. Bd. I (1926), pág. 428.

se trata de una analogía, sino antes bien, de una directa aplicación de la ley que no contradice en nada el principio fundamental del párrafo 2 del Código penal alemán (*R. G. S.*, t. 12, págs. 372-373). Así, por ejemplo, conforme al párrafo 184 del Código penal, se debe comprender el disco de gramófono como representación, a pesar de que en la época de promulgación de la ley todavía no existía. "El Código penal quiso prohibir todos aquellos casos en los cuales la representación tuviera un contenido impúdico, no solamente aquellas formas de representación conocidas al tiempo de la promulgación de la ley, sino cualquiera otra forma que apareciera posteriormente" (*R. G. S.*, t. 47, página 407). Por el mismo motivo también debe ser estimado el film como exposición de figuras, en el sentido del párrafo 184 del Código penal alemán. (*R. G. S.*, t. 39, pág. 183.)

Esta concepción objetiva es la predominante también en la literatura jurídicopenal (17) y en la Jurisprudencia (18). Así, por ejemplo, MAGNOL mantiene en su obra anteriormente citada que bajo las determinaciones legales de los conceptos son subsumibles todos los hechos que de modo normal sean inscribibles en las mismas, aun cuando no pudieran haber sido presumibles al tiempo de la entrada en vigor de la ley las transformaciones sociales y económicas que hayan experimentado tales hechos, como igualmente deben quedar abiertas para dar cabida a las posibilidades de realización de nuevos descubrimientos científicos hasta entonces ignorados. La Jurisprudencia francesa ha ampliado, por ejemplo, el precepto penal que prohíbe la difusión de determinadas obras artísticas a través de la radio; con lo cual esta decisión judicial extiende, por decirlo así, el texto del artículo 428 del *Code penal* a procedimientos que no fueron conocidos en el tiempo de la entrada en vigor del citado Código penal.

2. Junto a estos principios fundamentales de carácter general relativos a la interpretación, tenemos aún, por lo que respecta al Derecho penal, dos puntos de vista de particular importancia que nos revelan la singularidad del Derecho punitivo (19).

a) Los tipos jurídicopenales ofrecen la mayor parte de los mismos la protección a un determinado bien jurídico. La fijación de este objeto de protección es la primera y más importante presunción para una aplicación conforme a sentido, y una buena interpretación de la ley (20). Con sobrada razón ha indicado VOX LISZT que la representación precisa del bien jurídico protegido constituye el medio de protección más particular contra la caída en el formalismo (21). Por ejemplo, es en el daño de cosas (párrafo 303) la propiedad el bien jurí-

(17) Por ejemplo, CUELLO CALÓN, obra cit., pág. 173; HÄFTER, obra cit., página 14.

(18) Compruébese en MAGNOL: *Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé*, 1936, pág. 222.

(19) Para ello GERMANN: *Auslegung und freie Rechtsfindung*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bd. 55, pág. 134.

(20) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), pág. 215; v. HUPPEL, obra citada, Bd. I (1925), pág. 15.

(21) F. VOX LISZT: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I, pág. 223.

dico amparado. Sentido y fin de esta protección es impedir en esta figura de delito que el propietario de la cosa experimente un menoscabo en el valor de ésta o su completa destrucción; también una disminución importante del uso es subsumible en el tipo de delito de daños en las cosas (22). La Jurisprudencia ha contemplado, conforme a ello, al bien jurídico protegido para captar la finalidad perseguida de la ley como algo decisivo en la interpretación. Así, por ejemplo, en el *R. G. S.*, t. 372 se llega en la interpretación del párrafo 235 a preguntar en qué sentido es empleada la palabra "padres" en esta figura de delito. Y lo decisivo en esta prescripción es el fin perseguido por el legislador mediante esta expresión legal.

b) Un punto de vista para la interpretación lo ofrecen las penas y su mutua relación entre ellas; de esto se colige una medida en muchas ocasiones para la valoración legal. Este punto de vista ha sido ya utilizado por la Jurisprudencia, sobre todo, en el principio de la valoración de los bienes en el caso del estado de necesidad superlegal; en esta evaluación de los bienes jurídicos "es extraída la estimación teniendo en cuenta en líneas generales las sanciones con que vienen protegidos los diferentes bienes jurídicos en el Derecho positivo". (*R. G. S.*, t. 61, pág. 255.)

Para esto es importantísimo las penas consignadas en los preceptos penales, como también es una buena medida para la interpretación de los particulares tipos penales. Como prueba, hágase la comparación entre las penas expresadas en los párrafos 216 y 222 del Código penal alemán, que en la aceptación errónea de una oferta seria y expresiva no es punible, a tenor del párrafo 222, sino según el 216. La circunstancia de que para ello se hable de que son empleadas siempre distintas penas en la ley para la perpetración dolosa y para la culposa, conforme el párrafo 259 del Código penal alemán. La culpa no debe ser comprendida, porque para el encubrimiento es contemplada una sola clase de pena (23).

3. De otra parte, es perfectamente discutible si se admite en el Derecho penal solamente una interpretación restrictiva o extensiva. Es representada de modo diverso la postura de que la ley penal sólo debe interpretarse restrictivamente (24). La completa diferencia entre la interpretación restrictiva o extensiva ha sido de nuevo replanteada por W. BURCKHARDT (25), y nos parece poco importante y no fundamentada interiormente; también se rechaza en la literatura jurídicopenal esta distinción (26). El punto neurálgico de esta separación descansa por ello en que el juez debe tener ante su mirada en el momento de realizar la interpretación—la cual será revestida de suma cautela—la

(22) Cfr. SCHÖNKE, obra cit., párrafo 303. I.

(23) BINDING: *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts* (2. Aufl., 1913), página 64.

(24) Así por ejemplo, STOSS: *Lehrbuch* (2. Aufl., 1913), pág. 64.

(25) *Methode und System des Rechts* (Zürich, 1936), págs. 286 y sigs.

(26) Cfr., por ejemplo, GARRAUT, obra cit., pág. 126; CUELLO CALÓN, obra citada, pág. 172.

determinación legal con sus consecuencias más graves, y como son, efectivamente, los tipos penales. Si se quiere aún distinguir entre interpretación restrictiva y extensiva, puede decirse que la interpretación extensiva queda eliminada en el terreno del Derecho penal (27). Idéntica postura reconocen los Derechos suizo y austriaco. En la práctica francesa con frecuencia es empleada la interpretación extensiva (28), lo mismo que en la vida práctica (29). También la doctrina jurisprudencial alemana ha interpretado extensivamente las normas penales. Una interpretación extensiva es, verbigracia, si en el párrafo 243, nr. 2, del Código penal alemán se entiende como escalamiento también arrastrarse (R. G. S., t. 13, pág. 257.) Una interpretación extensiva es también, según mi opinión, si se comprende bajo la aplicación de fuerza en el sentido del párrafo 249 del Código penal alemán, igualmente el aturdimiento producido por un medio narcótico, sin que sea necesario que el narcótico haya sido suministrado violentamente (30).

4. Con la cuestión anteriormente tratada se emparenta, si bien no debe confundirse con la misma, si rigen para el Derecho penal unas reglas especiales de interpretación: *in dubio mitius*. Esta se apoya en diferentes pasajes del Digesto: "*In poenalibus causis benignius interpretandum est*". La esfera de validez de este aforismo vale igualmente en el Derecho positivo, según VON BAR (31), aun cuando la postura más dominante se aparte de este principio fundamental. Esto es, por ejemplo, en R. G. S., t. 62, pág. 372, tenemos: "En la interpretación no está el juez ligado al principio *in dubio pro reo* en la comprobación del problema que enjuicia, puesto que le es permitido, y a veces debe plantearse, la duda también de solucionar la cuestión en un sentido desfavorable para el inculpado". Con esta tesis está completamente de acuerdo, por ejemplo, VON HIPPEL, en su obra citada, página 38.

VII. En cuanto a la *distinción entre interpretación y analogía*, cabe decir que la primera permanece siempre en el marco dibujado por los llamados tipos legales; en tanto que la analogía traspasa, por decirlo así, las prescripciones legales para aplicar la ley a un caso no regulado por la misma. En algún supuesto particular puede despuntar la duda de si se trata de una interpretación o, por el contrario, de analogía (32).

En la zona fronteriza entre la admitida interpretación y la prohibida analogía, la Jurisprudencia de los distintos países se muestra

(27) MEYER-ALLFELD: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (8 aufl., 1922), página 74.

(28) Puede comprobarse en GARRAUD, obra cit., pág. 126.

(29) Cfr. en HAFER, obra cit., pág. 15.

(30) Con anterioridad ya BINDING, obra cit., pág. 313; OLSHAUSEN: *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (11 aufl., 1927), párrafo 249.

(31) *Gesetz und Schuld im Strafrecht*. Bd. I (1906), pág. 17.

(32) Cfr. recientemente de nuevo MANNHEIM: *Criminal Justice and Social Reconstruction* (1946), págs. 210-211.

muy diversa. En la más reciente literatura jurídica extranjera, de nuevo hemos de comparar la Jurisprudencia alemana y la francesa. Diferentes autores han sostenido la tesis de que el juez penal francés nunca se halla tan ligado a los preceptos de la ley como le sucede en otros países (33). Esta diferencia aparece especialmente clara en el tratamiento, por ejemplo, de la sustracción de electricidad y también en el encubrimiento, como puede comprobarse con sólo echar una mirada a la doctrina jurisprudencial de ambos países. La Sala de Casación francesa ha conceptualizado la electricidad como una cosa, y de este modo castiga el robo de energía eléctrica (*Sirey*, 1913, parte I, página 337, y otros pasajes de la sentencia de esta Sala). A este resultado ha llegado la Sala de Casación francesa, a pesar de que la figura de delito de robo habla estrictamente de cosa ("chose") (art. 389 *Code pénal*) y, no obstante, comprender el Derecho civil que la "cosa" debe ser un objeto corporal. La misma orientación han seguido otras Salas de Casación de diferentes países. Sin ir más lejos, por ejemplo, la holandesa. Sin embargo, este problema ha sido resuelto en Alemania en virtud de una ley especial, y esto nos obliga a no detallar más los extremos de la cuestión. De más actualidad es, por el contrario, el tratamiento del encubrimiento.

En Francia son castigados conforme el artículo 460 del *Code pénal* algunos casos de encubrimiento, es decir, los crímenes o delitos relativos al apoderamiento de cosas (*a l'aide d'un crime ou d'un délit*). La Jurisprudencia francesa, especialmente la Sala de Casación, estima que conforme a la citada prescripción legal no solamente debe ser castigado quien a través de actos se apropia de las cosas hurtadas, sino también aquellos casos que mediante un acto de encubrimiento las adquiere o se las apropia. La sentencia decisiva de la Sala de Casación de 9 de marzo de 1900 es sumamente aleccionadora para conocer el estado de la cuestión (*Sirey*, 1900, parte I, pág. 423; *Daloz*, 1900, parte I, pág. 173). Así, D. ha robado dinero de E. Con una parte de este dinero D. compra trajes, y de acuerdo por completo con L., quien conoce la procedencia del mismo. El Tribunal "a quo" absolvió a L., porque el objeto del encubrimiento solamente pueden ser las mismas cosas obtenidas a través del crimen o el delito. La Sala de Casación ha casado esta sentencia. Y fundamenta la casación en que el tipo de encubrimiento, por lo general, es comprendido y, por consiguiente, aplicable, cuando se reciben los objetos que hayan sido obtenidos mediante robo, ya que el autor quiso con la compra obtener cosas, y de aquí que haya empleado aquélla como medio habitual y merezca la aplicación de sanción (igualmente la Corte de Apelación de Dijón, *Sirey*, 1888, parte II, pág. 118). Un supuesto casi semejante sentenció la Sala de Casación en el año 1934; con los mismos fundamentos afirmó la existencia del encubrimiento. (*Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1934, pág. 973). En la misma línea científica está orientada la Sala de Casación belga. (GOODSEELS: *Commentaire du Code pénal*

(33) Así, por ejemplo, GÉCOUT, obra cit.

belge (1928), pág. 703.) La literatura jurídicopenal francesa mantiene generalmente el mismo punto de vista (34).

En confirmación a lo anteriormente expuesto nos basta con exponer algunos ejemplos deducidos de la interpretación que ha venido dando la Jurisprudencia francesa. La cual ha equiparado en una ley especial el uso de nombre falso con la utilización de un número falso del automóvil. La determinación penal con la que se prohíbe la difusión de las obras artísticas en exposiciones, igualmente es extendida a la difusión por medio de la radio. Además de esto, por ejemplo, el precepto penal contra la injuria por medio de cuadros pictóricos se extiende también a los casos en que se verifique por imágenes cinematográficas, como a la difusión de injurias a través de la radio (35). En el artículo 437 del *Code pénal* son castigados los daños de edificios, puentes, tejados, calles u otras construcciones; la Sala de Casación ha aplicado este precepto cuando se trate de daños en una central calorífica. (*Sirey*, 1926, parte I, pág. 185.) De parecida forma el más alto Tribunal de Justicia de Holanda, en los relativo a estos extremos (36).

La prohibición de la aplicación analógica no significa, por consiguiente, la prohibición de una interpretación conforme a sentido. Es de suma importancia no perder de vista este presupuesto, puesto que ante el peligro que entraña una afirmación de tal índole se debe tener siempre en cuenta que la eficacia y el valor del principio fundamental *nulla poena sine lege* no quiere decir, ni mucho menos, que caigamos en una rígida interpretación formal de los preceptos penales.

VIII. De la prohibición de la aplicación analógica no se sigue que debieran ser determinadas las penas que figuran en los tipos penales; las penas indeterminadas no son radicalmente excluidas. Las anteriores prescripciones no prohíben las penas indeterminadas. por ejemplo, las llamadas penas pecuniarias, que siempre oscilan entre un máximo y un mínimo. Desde luego, es exigible solamente la precisión legal de la posibilidad de un castigo; por el contrario, no es presupuesto indeclinable que al tiempo de realizar el hecho la ley vigente contenga una pena previamente determinada, pues basta con que exista una punibilidad precisa de esa conducta. Con esto está completamente de acuerdo el artículo 116 de la Constitución de Weimar, que había sido esencialmente modificado por el parágrafo 2 del Código penal alemán. (*R. G. S.*, t. 56, página 318; y *Frank Ann.*, I.) En cambio, no es admisible la contención en las prescripciones legales de la amenaza de una pena arbitraria, esto es, de una pena cuya clase y medida queden confiadas exclusivamente al arbitrio judicial, puesto que es de todo punto exigible que al menos se halle determinada la *clase* de pena, si bien la *medida*

(34) Por ejemplo, GARRAUD: *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 3 aufl., Bd. III (1916), pág. 114; GOYET: *Précis de Droit pénal special*, 3 aufl., 1937, pág. 403; fundamentalmente se desvía DONNEDIEU DE VABRES: *Revue de Science Criminelle et de Droit pénal comparé*, 1936, pág. 244.

(35) Cfr. en MAGNOL, obra cit.

(36) Cfr. en RÖLING: *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1938, págs. 12 y sigs.

de la sanción penal puede estar indeterminada con la ley, sobre todo, por lo que respecta a las penas pecuniarias lo vemos repetidamente en las leyes complementarias.

El proyecto de Código penal alemán del año 1927 quiso también renunciar a la exigencia de una determinabilidad legal de la pena. (*Fundamentos*, pág. 7.) El artículo 1.º del Código penal federal suizo tampoco contiene esta necesidad.

IX. El *Derecho angloamericano* en la cuestión hasta ahora planteada presenta notables diferencias en relación con los derechos codificados. La relación entre derecho constituido (*state law*), derecho consuetudinario (*common law*) y derecho judicial (*judiciary law*) es en estos derechos de muy distinta índole a la que guarda en los derechos codificados. Como puede observarse en una nueva sentencia inglesa y en la discusión que la misma implica. En esta sentencia (R. v. Manley, 1933, I. K. B. 529) se trata de torno del engaño de una acción punible. Una mujer había contado que si fuera robada le había dado una descripción personal del autor a la policía. El atraco fué inventado. La policía había empleado largo tiempo en las pesquisas. El Tribunal afirmó la punibilidad de esta conducta, inferida de otras antiguas sentencias. Esta sentencia ha sido objeto de apasionada discusión en Inglaterra. En un artículo de STALLYBRASS (37) se mantiene la postura de que las anteriores sentencias no habían castigado este caso; así es que el Tribunal ha creado por ello una nueva conducta punible, lo cual no es permitido. También en una noticia de redacción del *The Law Anality Review*, del año 1933, pág. 153, se toma una posición contra la tesis sostenida por la citada sentencia. Se ha dicho a este respecto que esta sentencia viene a poner en manos de los Tribunales un poder ilimitado e incontrolable de la esfera de extensión del Derecho penal. De este modo, y tomando como pie la postura de esta sentencia, nos encontraríamos con que los jueces gozarían del poder de configurar nuevas acciones delictivas, cosa de todo punto inadmisibile. De otro lado, ha sido acogida con especial gozo esta decisión judicial (38). WEIDENBAUM cita la frase siguiente tomada de una antigua sentencia inglesa: "*When applied to a new subject, the principles of private justice, moral fitness and public convenience... make Common Law without a precedence*". Conforme a la opinión del autor, este principio fundamental vale actualmente, y, por consiguiente, para el Derecho penal. El mismo punto de vista es también sostenido por JACKSON en una moderna publicación (39). Este autor llega al resultado de que el poder del Tribunal sobre el concreto terreno del Derecho penal puede llegar a la creación de nuevos tipos penales, y únicamente lo

(37) Public mischief, *The Law Quarterly Review*, 1933, pág. 183.

(38) WEIDENBAUM: *Liberal thought and undefined crimes*, *The journal of comparative legislation and international law*. Bd. 19 (1937), parte 1.ª, páginas 90 y sigs.

(39) *Common Law misdemeanore*, *The Cambridge Law journal*, vol. VI (1937-1938), págs. 193 y sigs.

indiscutible es que el Tribunal tan sólo debe usar de esta facultad en contadas y esporádicas ocasiones. En todo caso, debe admitirse, sin género de duda, que las determinaciones jurídicopenales son interpretadas extensivamente por la Jurisprudencia inglesa. El punto de discusión radica en qué medida y de qué forma es admitida una interpretación analógica en el Derecho inglés y norteamericano. He aquí, en verdad, la cuestión a discutir, y de la que, desgraciadamente, no podemos ocuparnos en la medida que deseáramos (40).

X. Otros problemas y puntos de vista han surgido en relación con las fuentes del Derecho penal a través de la *punición de los criminales de guerra*. En relación con la sesión londinense de 8 de agosto de 1945, y sobre las bases del proceso de Nuremberg, la cuestión ha venido a desarrollarse en punto a cómo se concilia esta regulación y procedimiento con el principio de legalidad *Nullum crimen sine lege*. Sobre el motivo de relación entre Derecho constituido, consuetudinario y judicial en el terreno jurídico angloamericano (véase el número IX) no presenta en verdad ninguna especial problemática entre el principio de legalidad mencionado y la determinación legal y procedimiento judicial seguido en el juicio de Nuremberg.

Completamente distinta es esta cuestión en el círculo de aquellos juristas de los Derechos continentales en los que tradicionalmente se ha mantenido a lo largo del tiempo el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Desde esta línea, el escritor suizo COMTESSE ha expresado el dictamen siguiente: "Por lo que respecta a la fijación del principio *nulla poena sine lege*, puede decirse que no rigió en el proceso de Nuremberg" (41), y con anterioridad dijo: "La declaración de Londres de 8 de agosto de 1945 y el juicio de Nuremberg han despreciado positivamente el dogma jurídicopenal del principio de legalidad de los delitos y de las penas" (42). Por otros autores se hace notar que el tan citado principio de legalidad ha sido menoscabado por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional. Así, por ejemplo, opina PELLA que bajo las circunstancias actuales la aplicación de este principio, en el cual no tiene cabida la punibilidad de los criminales de guerra, está en abierta contradicción con las exigencias elementales de la política criminal. Así es que debiera tenerse en el futuro buena cuenta de la imprescindible vigencia de este dogma esencial de la justicia punitiva (43). La opinión de mayor peso sostiene el criterio de que no existe lesión a este principio, fundándose para ello en que rige solamente para el Derecho penal dentro de un Estado, pero no para el llamado Derecho penal internacional, en que general-

(40) Cfr. para esto en diferentes sentidos, por ejemplo, todavía MARC ANCEL: *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*. Tomo II (1936), páginas 251 y sigs.

(41) COMTESSE: *Betrachtungen zum Nürnberger Prozess*, Schweizer Monatshefte, 1946, pág. 459.

(42) COMTESSE, obra cit., pág. 459.

(43) PELLA: *La guerre-crime et les criminels de guerre* (1946), pág. 100.

mente predomina la orientación del Derecho consuetudinario (44). Aparte de ello, es de sumo interés la postura de DONNEDIET DE VABRES: "*Il faut admettre que la coopération d'États, dont certains assignent au droit pénal lui même une formation coutumière, exige des autres le sacrifice de certaine habitudes d'esprit. Il faut faire une place au moralisme et à l'utilitarisme anglo-saxone*" (45).. Será de extremada importancia en qué dirección se desenvolverá el posterior desarrollo en este particular aspecto del Derecho penal.

R E S U M E N

El autor del presente estudio nos hace una seria y cuidada revisión acerca del valor y eficacia de la interpretación, analogía y Derecho consuetudinario. Y recogiendo la polémica, tanto doctrinal como los distintos aspectos de la cuestión en la legislación comparada, llega a la conclusión de que es necesario mantener el principio de legalidad de los delitos y de las penas, sin que por ello no se tenga en cuenta la importancia que reviste la interpretación extensiva y analógica en la Ciencia de los delitos y de las penas. Particularmente, en algunos Derechos, como en el anglo-norteamericano, en donde la jurisprudencia realiza una interpretación extensiva, y hasta llegan a opinar algunos autores que posee facultad para crear nuevas figuras de delitos.

El autor mantiene la tesis de que es imprescindible el dogma de la legalidad de los delitos y de las penas. Y con testimonios de varios autores demuestra cómo se ha apartado del mismo el proceso internacional de Nuremberg.

R E S U M E

L'auteur de cet étude nous fait une sérieuse et soignée révision du valeur et de l'efficacité de l'interprétation, de l'analogie et du Droit consuetudinaire. Et en recueillant la polémique, autant doctrinelle comme les différents aspects de la question dans la législation comparée, il arrive à la conclusion de que c'est nécessaire de maintenir le principe de la légalité des délits et des peines, sans ne pas oublier pour cèlà l'importance qui a l'interprétation extensive et analogique dans la Science des délits et des peines. Particulièrement, dans quelques Droits, comme dans l'anglo-norteaméricain où la jurisprudence réalise l'inter-

(44) Así, por ejemplo, DONNEDIET DE VABRE: *Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines*. Sonderabdruck aus: "Revue (belge) de Droit pénal et de Criminologie", juli 1947, pág. 23; también sobre este extremo, GLASER: *Le principe de légalité des délits et des peines et les procès de criminels de guerre*. "Revue (belge) de Droit pénal et de Criminologie", 1947-1948, pág. 232.

(45) D. DE VABRES: *Le jugement*, cit., pág. 8.