

Los principios de la legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo ¹

JEAN GRAVEN

Profesor de Derecho penal y de Procedimiento en la Universidad
y Presidente de la Corte de Casación, de Ginebra, Director científico de la Revista de Criminología y de Policía Técnica.

La oposición existente entre los penalistas sobre el alcance de la Ley penal ha entrado en un estado agudo desde hace algunos años. Las doctrinas, y las legislaciones penales contrarias se han opuesto unas a otras y continúan haciéndolo. Esta oposición es consecuencia de la oposición fundamental que, en la lucha ideológica que divide el mundo de hoy día, se tiene del Derecho mismo, de su significación, de sus fines y del respeto que se le debe. Esta nueva forma de lucha por el Derecho participa del drama de nuestro tiempo.

1) Para la tradición occidental y cristiana, el Derecho—y esto se puede decir particularmente del Derecho penal—es el arte del bien y de la equidad, la ciencia de lo justo y de lo injusto; no es una creación ocasional del hombre, sino que es superior a éste, permanente, intangible, que se impone a todos los hombres y aun al legislador mismo en primer término. Debe asegurar una especie de justicia moral, «eterna» o «natural», dentro del justo equilibrio de los derechos y de los deberes del Estado y del individuo, del respeto por el Estado y por sus órganos legislativos y judiciales de las normas que le obligan a sí mismo y de las legítimas libertades del individuo. Esta concepción del Derecho está representada por el ideal del que habla Tarde en su «Filosofía penal», para el que «la pena que sobrepase aún en un átomo a la gravedad del crimen, es injusta» y para el que la doble escala, en cierto modo sagrada, de los delitos y de las penas—freno del Estado, baluarte del individuo—expresa «algo tan eternamente verdadero como el axioma de Euclides sobre las líneas paralelas». La Revolución francesa, en su Declaración de los derechos del hombre

1. Traducido del francés por Joaquín de Aguilera y Gamoneda, Becario de la Sección de Derecho penal del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

de 1789, ha proclamado solemnemente los principios de la justicia como fin moral opuesto al antiguo régimen de la arbitrariedad y de la violencia y se ha esforzado en organizar por medio de la Ley las garantías capaces de asegurar la libertad de cada uno y la seguridad de todos.

2) Pero después de la primera guerra mundial, uno de los hechos culminantes de la historia, de lo que nos apercibimos hoy día, la Revolución rusa de octubre de 1917, ha visto surgir y ha llevado a su apogeo la idea opuesta de una especie de *Declaración de los derechos del Estado* o de la colectividad contra el individuo, rechazando aquella noción tradicional de una especie de «justicia» absoluta (la *Dikè* de los filósofos griegos), para sustituirla por la de una justicia puramente utilitaria y positivista de defensa, ya no del «Derecho», al que niega, sino del régimen político y económico nuevo que ella instituya. Los «Principios directivos de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia» publicados por el Comisario popular de justicia el 12 de diciembre de 1919, han revelado que con el aparato—religioso, político, militar, económico y judicial—del antiguo régimen toda la legislación establecida para sostenerle debía desaparecer y ser barrida y que ya no había más que «abandonar los Códigos burgueses del tiempo pasado en los archivos de la historia». El primer fin del Derecho penal debía ser «la lucha contra los violadores de las nuevas condiciones de vida común», en espera de que el régimen en toda su perfección «destruyese el Estado, esa organización de la violencia, y el Derecho que es su función».

El Derecho, para la concepción marxista, es «la organización de las relaciones sociales que responde a los intereses de la clase dominante, protegida por el poder que ella misma instituye». El Derecho penal debe, por lo tanto, «contener las reglas que defiendan contra toda lesión al sistema de relaciones que interesan a la clase dominante, por medio de la represión», comprendiendo también la «medida suprema» en caso de necesidad. Según los teóricos y los juristas soviéticos, el Derecho no tiene, por lo tanto, nada que ver con la antigua imagen de la justicia moral, esa «fantasía brillante que seguramente ha alcanzado en la época capitalista el punto culminante de su desarrollo». Esta es para ellos una concepción no solamente falsa e irrisoria, sino nociva. El Derecho penal no es más que un instrumento de dominación y de defensa política y social, un «mal necesario», relativo y temporal además, destinado a desaparecer con el delito mismo, resultado de una mala organización de la sociedad. Sería más exacto hablar de «reglas de organización» o de «instrucciones técnicas» que dar a las disposiciones del Código penal el nombre poco halagador de Derecho².

2. Ver a este respecto GRAVEN, *Le droit pénal soviétique*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», Paris, Sirey, 1948, núm. 2, página 236. Entre las publicaciones dedicadas a esta materia no recordaremos más que aquella del señor CUELLO CALÓN, *El Derecho penal de la Rusia actual*,

3) Se ve, por lo tanto, la importancia de estos principios y de esta composición fundamental, de este nuevo aspecto de las «Transformaciones del Derecho»³. Ellas revelan, como decía el profesor Berend en un reciente artículo, «la influencia de la organización del Estado sobre el Derecho penal»⁴.

Se podía estudiar antiguamente el problema de la legalidad del Derecho penal, sobre todo desde un punto de vista histórico y doctrinal, como uno de los temas que se prestan a los desarrollos más ingeniosos o más brillantes. Así en la época en que el malogrado maestro del Derecho suizo, el profesor Hafter, consagraba a ello su discurso de rectorado de la Universidad de Zurich en 1922⁵. Pero después este mismo problema ha aparecido de forma directa y casi dramática en la aplicación diaria. Ha amenazado con hacer saltar los marcos del Derecho tradicional. Bajo el impulso de las circunstancias, y en presencia de la evolución de las concepciones del Derecho, de la que somos testigos, innumerables estudios han renovado este debate. El IV Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en París en 1937, lo ha discutido basándose en profundos estudios de criminalistas muy competentes; estos estudios representan, todavía hoy, la «Summa» indispensable de consulta⁶. Después, la controversia ha perdido algo de la agudeza que le confería el conflicto directo de las concepciones en la época del impulso vigoroso del Derecho y de la política criminal de los «Estados autoritarios», a la que el profesor Donnedieu de Vabres ha dedicado un libro ya clásico con este mismo título⁷. Estas cuestiones no han dejado de ser estudiadas, sin embargo⁸, y no han perdido nada de su actualidad, ya que los princi-

en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1932, y el del señor QUINTANO RIPOLLÉS, *Filosofía y Ciencia del Derecho soviéticas*, en la misma revista, 1950. Todo el mundo conoce también la introducción del profesor J. DE ASÚA para el *Nuevo Código penal de la Rusia soviética*, Madrid, 1927.

3. Título del conocido libro de GABRIEL TARDE, publicado por Alcan, París, 1894, del que todavía son válidos los principios.

4. BELA BEREND, Profesor de Budapest; véase la «Revue Internationale de Droit Pénal», París, 1949, núm. 1, pág. 23.

5. Profesor E. HAFTER, *Köine Strafe ohne Gesetz*, Zurich, 1922.

6. Estos estudios provienen de los señores Altavilla, Ancel, De Asúa, Barrats Caldi, Constant, Dolaphtchieff, Donnedieu de Vabres, Gaphos, Givanovitch, Glaser, Gorphe, Karanikas, Lilar y Bekaert, Magnol, Mogilnicki, Palazzo, Peritch, Puglia, Solnar, Vasilin, Wolter, Yotis. Todos dicen lo esencial sobre la materia. Véase la «Revue Internationale de Droit Pénal», París, 1937.

7. H. DONNEDIEU DE VABRES, Profesor de la Universidad de París, *La politique criminelle des Etats autoritaires*, París, 1938.

8. Nos limitamos a citar los artículos siguientes, aparecidos en la «Revue Pénal Suisse»: Profesor GERMANN, *Zum sogenannten Analogie.—Verbot nach schweizer Strafrecht*, 1946, pág. 119; CH. GILLIERON, *Notes sur l'interprétation des lois pénales*, 1947, pág. 115; Profesor MITTERMAIER, *Ueber Analogie im Strafrecht*, 1948, pág. 403; profesor CLERC, *Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale*, 1949, pág. 1. El Profesor O. A. GERMANN ha reunido una serie de estudios importantes sobre este tema general en su obra *Methodische Grundfragen*, número 1 de la colección de los *Etudes de Droit criminel suisse*, Basilea, 1946.

pios que las dirigen son permanentes. Importantes artículos recientes dan fe de ello ⁹.

Parece haber llegado el momento de sacar serenamente la consecuencia con la perspectiva necesaria. Ningún legislador, ningún juez puede pasarse sin ellos, lo mismo en el campo del Derecho nacional que en el del Derecho internacional, ya que estos principios constituyen necesariamente la base de toda ley penal y de su aplicación. Su estudio se ciñe de una forma natural en torno a los problemas: 1) de la *legalidad* del Derecho penal; es decir, de la estricta aplicación por el juez de las únicas disposiciones establecidas por el legislador; 2) de la *creación analógica* del Derecho penal por el juez, para suplir sus lagunas o extender su ámbito; 3) y, por último, de la necesaria o legítima *interpretación* de la Ley penal por el juez y de la medida de este poder.

Estos son los tres problemas que vamos a examinar sucesivamente. No repetiremos lo que ha sido dicho con tanta autoridad por tan gran número de autores de diversos países y principalmente en España por nuestros eminentes colegas los profesores Cuello Calón ¹⁰ y del Rosal ¹¹, así como por Quintano Ripollés ¹²

Nos limitaremos a recordar los principios generales que nos han de servir de punto de partida y a confrontarlos con el Derecho suizo para mostrar su solución y hacer aparecer la útil lección que puede que este último nos ofrezca.

CAPITULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

1. *El principio en general.*

1) Se sabe que en Derecho *civil* el juez puede recurrir, y recurre más o menos frecuentemente, a la costumbre, a la analogía y a la equidad. La ley no es la única fuente del Derecho; ya que en virtud de lo que se ha llamado el principio de la «plenitud hermétrica del Derecho», «el Derecho no tiene lagunas, aunque la ley

9. Hemos tomado particularmente en consideración los artículos del Profesor AD. SCHÖNKE, *Interpretación, analogía y Derecho consuetudinario en el Derecho penal*, en el «Anuario del Derecho penal y Ciencias penales», Madrid, tomo I, fasc. II, 1948, pág. 222, y del Profesor J. DE ASÚA, *L'analogie en Droit pénal*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», París, 1949, núm. 2, pág. 187; este último estudio comprende una bibliografía muy completa, a la que nos remitimos, págs. 238-240.

10. *Derecho penal*, parte general. Ed. Bosch, Barcelona, 9.^a edición, 1948, páginas 169, 182, 193.

11. *Principios de Derecho penal*, tomo II, vol. I, Valladolid, 1948, pág. 110.

12. *Comentarios al Código penal*, vol. I, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1946, pág. 26.

las tenga necesariamente». El Código civil suizo, en la célebre regla de su artículo 1.º (al. 2 y 3), consagra expresamente que «a falta de una disposición legal aplicable, el juez dictamina de acuerdo con el Derecho consuetudinario y a falta de una costumbre, de acuerdo con las reglas que él mismo establecería si tuviese que actuar como legislador», inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia.

En Derecho *penal* no es ésta la regla habitual en los países de Derecho escrito y singularmente en nuestro continente. En el Derecho anglosajón, que es ante todo de formación consuetudinaria (*common law*), la *letra* de la ley, el texto legislativo, como en Derecho civil, constituye sólo en parte la base de la sentencia del juez; las normas no escritas y los principios de la «justicia natural», de la «equidad» le guían a menudo. «El Derecho escrito es simplemente declarativo de un Derecho no escrito mucho más amplio», Derecho consuetudinario y Derecho natural, fundado sobre las nociones universales de justicia, sobre los principios morales comunes a todas las naciones respetuosas con la ley moral. Con este mismo espíritu el Código penal militar americano de 1940 declara, por ejemplo (art. 5.º), que las reglas de Derecho no escrito son obligatorias para todos los países civilizados, y todo el Derecho americano está de acuerdo con esta doctrina. Los Tribunales militares, reconociendo su valor, no han dudado en aplicar la pena de muerte por los actos de canibalismo de los militares japoneses, aunque no se haya pensado nunca en introducir este delito en el Derecho penal. La acusación británica y americana en el «Proceso de los grandes criminales de guerra» ante el Tribunal militar internacional de Nuremberg, ha hecho igualmente suyos por medio de los procuradores Hartley Shawcross y Jackson, estos principios superiores de la justicia, del Derecho natural y de las exigencias de la conciencia universal.

En el sistema anglosajón el juez no dispone en ningún caso de un poder arbitrario. Está ligado, y estrictamente ligado, por los precedentes judiciales, los «casos», «obligatorios para cada elemento de la infracción», como enseña Stephen, si no estuviere ya ligado por un principio restrictivo general. Pero puede interpretar libremente los estatutos criminales, como lo ha demostrado Marc Ancel en un estudio muy citado sobre «La règle nulla poena sine lege dans les législations modernes». Un cierto número de delitos son incluso creación jurisprudencial. El juez penal conserva, por lo tanto, un cierto poder autónomo de represión, el Derecho está en cierto modo creado por él (*Judge made*), dentro del cuadro general y de los límites indicados ¹³.

Esta concepción puede ser comprendida muy claramente; ha sido en particular la de la antigua República de Ginebra, hasta

13. *Annales de l'Institut de Droit comparé* de la Universidad de París, 1936, II, pág. 245. Véase también ANCEL. *La création judiciaire des infractions pénales en Droit anglais et en Droit français*, en «Bulletin de la Société de Législation comparée, París, 1931, 60. pág. 91.

la publicación del primer Código penal ginebrino de 1791. El Pequeño Consejo ha considerado siempre la ausencia de ley penal «como una circunstancia sabia y feliz», en todo aquello que permitiese la indulgencia y la equidad; es lo que se enseñaba también en nuestra Academia ¹⁴.

2) Por el contrario, en los tiempos modernos y en nuestros países de Derecho escrito, la *ley penal* es la única fuente del Derecho penal. El principio *nulla poena sine lege*, instituido como reacción contra los excesos de la arbitrariedad judicial en el antiguo régimen, ha sido proclamado por la Declaración francesa de los Derechos del hombre: «Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito legalmente aplicada» (art. 8.^o). Como se ha recordado muchas veces, la regla ha sido recogida por la Constitución de 1793 (artículo 14) y consagrada por el Código penal de 1810, tantas veces imitado (art. 4.^o). Ya había sido recogida por el Código penal austríaco de José II en 1787, como lo fué también por el Código penal bávaro de 1813, que correspondió al Código francés por su influencia profunda en los países de lengua alemana. Su autor, Feuerbach, fué el que en su célebre «Lehrbuch» ha hecho resaltar las máximas universalmente conocidas: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*.

Todos los Códigos penales clásicos se han fundado sobre este principio y la mayoría de los Códigos actuales lo han conservado. En Suiza también ha sido admitido por todas las legislaciones cantonales antes de la adopción del Código penal federal de 1937, que entró en vigor el 1.^o de enero de 1942 (con la excepción de los tres pequeños cantones o semicantones de Nidwald, Uri y Appenzell Rh. Int., que habían conservado un Derecho penal consuetudinario). Ha sido incluido formalmente en diversas Constituciones cantonales, principalmente en la de Ginebra del 7 de junio de 1842. Lo fué también en la legislación federal, y especialmente en la primera ley sobre el procedimiento federal de 1851 (art. 1.^o); además deriva, como lo ha reconocido el Tribunal federal, del artículo 4.^o de la Constitución federal, que garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. El Código penal federal de 1937 le ha inscrito formalmente a la cabeza de sus disposiciones: «Na-

14. El procurador general TRONCHIN, en sus *Lettres écrites de la campagne*, contestación a los ataques de J. J. ROUSSEAU en sus *Lettres écrites de la montagne*, lo demostraba al decir: «Si tuviésemos leyes penales precisas, obligarían al juez en todos los casos, aun en aquellos en que las circunstancias particulares reclaman su aplicación. Haced que no sean bien determinadas y veréis que la indulgencia se convertiría, para un Gobierno parecido al nuestro, en una especie de necesidad, ya que la severidad parecería su obra y no la obra de la ley. Por lo tanto, como la severidad es naturalmente odiosa y cada juez, si no estuviese agitado por pasiones, se inclinaria a la dulzura y buscaría el bien público, esta libertad en la dispensa de las penas les volvería siempre muy dulces, puede ser que demasiado: pero a mí me gusta mucho, lo confieso, que los hombres sean conducidos con dulzura.» Véase A. FLAMMER, *Lois pénales du Canton de Genève*, Ginebra, 1862, introducción, pág. XVI.

«e puede ser castigado si no ha cometido un acto expresamente determinado por la ley» (art. 1.º).

3) La regla de la legalidad parte del principio de que la situación, los métodos y el fin son completamente diferentes en materia civil y en materia penal. El juicio civil implica intereses privados, mientras que el juicio penal implica el interés general y trata los derechos más preciosos. La ley penal es, por lo tanto, particularmente importante y debe ser minuciosamente establecida y respetada. Es y debe ser, como se ha dicho desde Montesquieu y Beccaria, «la regla de los ciudadanos». Debe limitar exactamente sus derechos, sus deberes y sus obligaciones, así como las sanciones a las que se exponen al violarla. El Código debe ser la «tabla de la ley», llevando grabados los preceptos y las prohibiciones limitativos completos del Derecho penal, para decirlo con las conocidas palabras de von Listz, la «Carta Magna» de las libertades del delincuente. Según las fórmulas nacidas en Francia y que se han hecho célebres, todo lo que ella no prohíbe formalmente, está considerado como permitido; a nadie se le reprochará el ignorarla y cada uno podrá regular su conducta con acuerdo a ella. Los casos ausentes de la ley penal no lo están solamente porque el legislador no los haya previsto, sino porque no haya querido incluirlos en ella y castigarlos. Es necesario, por lo tanto, ajustarse estrictamente a la ley y el juez no tiene el derecho de sobrepasarla o de completarla, aunque sea para mejorarla.

No se admite, por lo tanto, en los países que han conservado el principio de la legalidad, que el juez pueda perseguir y castigar no solamente el «mal prohibido» (*malum quia prohibitum*), sino también el «mal en sí mismo» (*malum in se*); ya que se dice que si no «cesa de ser un juez para convertirse en justiciero». No se ha seguido la teoría desarrollada en particular por el profesor Salvagno Campos¹⁵, según la cual importa menos la violación de un *texto* legislativo que el ataque efectuado al *derecho* de la comunidad y, por lo tanto, a una *norma* jurídica consagrada de algún modo en la jurisdicción represiva; ataque que constituiría un *delito innominado*, que merecería también una represión.

La idea, sin embargo, es muy antigua. Es la idea de Antígona proclamando que existen leyes no escritas, hechas por el cielo y superiores a las de los hombres. Así como puede ser justo el desobedecer un acto injusto ordenado por la ley, así también existen acciones no previstas por la ley, inadmisibles para la razón y para el derecho y que es justo castigar. Esta concepción espiritual es también, desde el siglo VII, la del Derecho chino. Es, además, también la del Derecho eclesiástico: el *codex juris canonici*, aunque imponiendo el principio de la interpretación estricta de las leyes punitivas (cánones 19 y 2.219, 3), autoriza también la justa pena impuesta por el superior, aun sin previa amenaza de la ley,

15. CARLOS SALVAGNO CAMPOS, *Le délit innommé*, en «Revue Internationale de Droit Pénal», 1933, págs. 162 y sigs.

en diversas ocasiones (cánones 2.222, 2.223 y 2.231)¹⁶. Se sabe también que el rey Amanullah del Afganistán no ha conseguido incluir en su Código moderno el principio occidental, ya que los sacerdotes musulmanes se han levantado contra el abandono del sistema de las penas «tazir», dejadas a la libre apreciación del juez. Se puede decir, empleando una expresión conocida, que este principio traduce, en parte y en algunos casos, la «sublevación del Derecho contra el Código».

Si, a pesar de todo, el principio de la «legalidad», que quiere que nadie pueda ser castigado por un acto que ha podido creer legítimo ni con una pena que no pudiese esperar legítimamente, ha prevalecido generalmente, es porque se le ha considerado como «el fundamento mismo de la libertad individual» y la «garantía de los ciudadanos». No se ha querido exponer al reo al riesgo, siempre renaciente, de ver convertirse la justicia penal en una justicia parcial o de ocasión, abandonada a las pasiones individuales o a las influencias políticas. Se han recordado los axiomas de Montesquieu, según el cual «de la bondad de las leyes criminales es de lo que depende principalmente la libertad del ciudadano... En los estados despóticos no existen las leyes, el juez es al mismo tiempo su propia regla»; se ha querido que no sea más que «la boca que pronuncia las palabras de la ley»¹⁷.

4) De todas maneras, este principio supone evidentemente, para que se le pueda aplicar de manera absoluta, un sistema en el cual el Estado haya determinado de manera precisa y completa en un Código escrito su «catálogo de los delitos y de las penas»; ya que tiene por fin el de ligar al juez a esta lista exhaustiva, de asegurar su obediencia a la ley escrupulosamente determinada, de hacer de él «el guardián imparcial de la ley escrita» para proteger a cada uno contra las incriminaciones y las sanciones, que el legislador ha mostrado precisamente no quererlas, al no admitirlas en su ley.

Pero es erróneo el querer aplicar el principio a los dominios en que el derecho no esté fijado, bien porque se encuentre en plena formación, como en el Derecho internacional; bien porque tenga una base consuetudinaria y judicial, como en la práctica anglosajona; es decir, allí donde no exista Código de los delitos y de las penas, previsto con criterio limitativo. A causa de no haber tenido esto en cuenta, es por lo que el proceso de Nuremberg ha sido criticado tan vivamente por lo que respecta a la persecución del «crimen contra la paz» y especialmente por la ausencia de una regla represiva anterior que lo previese y que amenazase con una sanción. Nosotros lo hemos indicado desde 1946, en una discusión de la «Hora Universitaria» en la radio de Ginebra: «La aplicación

16. Véase P. PELLE, *Le droit pénal de l'Eglise*, París, 1939, y CH. LEFEBRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, Siery, 1938.

17. Véase GRAVEN, *Les conceptions pénales et l'actualité de Montesquieu*, en la «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Bruselas, noviembre 1949, número 2, pág. 161.

automática y sin discriminación del principio de la legalidad en materia internacional vuelve a cambiar totalmente su sentido. No tiene ya como fin el de asegurar el reinado del Derecho y la protección de los inocentes contra las condenas injustificadas—que es a lo que tiende la regla—, sino el de poner el Derecho en evidencia y el de sustraer a los culpables a las condenas justificadas»¹⁸. Este es igualmente el parecer del profesor Pella en su autorizada obra sobre «La guerre-crime et les criminels de guerre»¹⁹, y el del profesor Donnedieu de Vabres en su curso de 1948 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya²⁰: «La máxima *nulla poena sine lege* no es más que el coronamiento de una legislación desarrollada, codificada y llegada a su estado de fijeza, ya que el Derecho penal interestatal es todavía un Derecho consuetudinario, no escrito, en vía de formación y al que se trata de definir y de codificar.»

II. El alcance del principio.

El alcance del principio ha sido estudiado muchas veces por la doctrina. Lo han definido obras bien conocidas, como la del profesor Julliot de la Morandière, actual Decano de la Facultad de Derecho de París, sobre «La règle *nulla poena sine lege*»²¹. Se sabe que esta regla liga al juez con la ley en un doble sentido: por lo que respecta a los *actos* que pueden ser castigados, a las incriminaciones, y por lo que respecta a las *penas* que les pueden ser aplicadas, a las sanciones. Formularemos, por lo que concierne al Derecho suizo²², las siguientes precisiones:

(Está claro que el término de *ley*, que constituye el límite de

18. Véase en la revista universitaria «Alma Mater», Ginebra, 1946, año III, página 250. Cfr. en la misma revista GRAVEN, *Le châtement des crimes de guerre*, 1947, núm. 31, pág. 147, así como nuestro estudio *De la justice internationale à la paix. Les enseignements de Nuremberg*, en la «Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques», Ginebra, 1946, núm. 4, páginas 183 y sigs. y 1947, núm. 1, págs. 7 y sigs.

19. Ginebra y París, 1946, págs. 93 y sigs.

20. *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international*, extracto del sumario de los cursos, París, Sirey, 1947, págs. 496 y sigs. Véase también *Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines*, en la «Revue de Droit Pénal et de Criminologie», Bruselas, 1947, pág. 813. Sobre el problema, pero en sentido estricto, véase en particular el artículo del Profesor Sr. GLASER, *Le Principe de la légalité des délits et des peines dans les procès des criminels de guerre*, en la misma revista, página 813.

21. Tesis, París, 1910. Véase después, por ejemplo, A. DUPRÉ, *La règle pénale légaliste, son application actuelle en droit comparé*, tesis, Grenoble, 1938; CL. MAURHOFER, *Der Grundstz nulla poena sine lege*, tesis, Zurich, 1926; A. PICOT, *L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal*, «Actes de la Société Suisse des Juristes», Basilea, 1944, etc.

22. El respeto del principio *nulla poena sine lege* está asegurado en Suiza por el recurso de nulidad ante la Corte de Casación del Tribunal federal (artículo 12 de la Ley federal sobre procedimiento penal de 1934). Las sentencias del Tribunal federal a las que nos referimos están sacadas del «Recueil officiel» de su jurisprudencia en materia de Derecho penal, y citadas en ATF, IV.

las incriminaciones y de las penas, debe entenderse en sentido amplio; no se trata únicamente del «Código penal» (ordinario y militar) y de la legislación penal especial complementaria, sino de todas las disposiciones penales escritas y regularmente editadas por la autoridad competente, tanto de la Confederación como de los cantones que tienen amplias competencias en el dominio del procedimiento y de la ejecución, que les está reservado por la Constitución federal (art. 64 bis) y por el Código penal federal (artículos 343, 345, 365, 369, 371, 374, 379, 382, ss; 394 lit. b., etc.). Esta autoridad competente no tiene que ser necesariamente la autoridad legislativa con inclusión de cualquier otra, puede ser también la autoridad ejecutiva o la autoridad administrativa, dentro del límite de sus poderes regulares y especialmente cuando la ley les confía la tutela de un reglamento, de un decreto o de una ordenanza de aplicación o de ejecución, como, por ejemplo, lo hace el artículo 364 del Código penal que encarga al Consejo federal de establecer las prescripciones reglamentarias sobre el registro penal.

1) Por un lado el juez no puede pronunciar una condena penal sobre un *hecho* o un acto que la ley no haya «expresamente previsto», por ejemplo por el hecho de inducir a una persona a efectuar un falso testimonio sin que se dé cuenta (ATF 71, IV, 132), por la simple prostitución (ATF 68, IV, 40), por la simple vida inmoral (ATF 68, IV, 110), que el Código no ha previsto, y que por su silencio—llamado «calificado»—ha entendido no someter a la pena. Los actos punibles que el Código quiere reprimir, sea por comisión, cuando los prohíbe, sea por omisión, cuando los ordena, están *definidos*, la mayor parte de las veces, en sus elementos constitutivos por la parte especial del Código, como el asesinato, el robo, el abuso de confianza, la estafa y la mayoría de las infracciones. Más raramente aparecen *nombrados* simplemente, como la violación, la castración, el infanticidio, la riña o el duelo; el legislador estima las nociones suficientemente claras y deja al juez el cuidado de reconocerlas, teniendo en cuenta el sentido corriente y la doctrina.

2) Por otra parte el juez no puede imponer una *pena* que no esté—expresamente también—prevista por la ley en su naturaleza, su tipo o su duración. Es necesario en buena lógica unir a ello los substitutivos de la pena, es decir, las *medidas de seguridad*, represivas, curativas o preventivas (art. 14 a 16, 42 a 45, 57 y siguientes del Código penal suizo). El juez no tiene el derecho de inventar o de introducir castigos de su invención (esto se admitía aún en el antiguo Derecho); por otro lado, para una infracción dada no puede aplicar más que la pena prevista por la ley para esta infracción en el cuadro que ella misma estableció. Se puede, según los sistemas, prever penas fijas, «absolutamente determinadas», como lo hacía el Código penal francés de 1791 y como todavía se encuentran algunas en el Código de 1810. Pero los Códigos modernos, habiendo reconocido el valor de la individualización de la sanción, dejan al juez, la mayor parte de las ve-

ces un poder de apreciación más o menos amplio, previendo penas «relativamente determinadas», en su naturaleza o en su duración, y esto de forma cuantitativa o cualitativamente o de ambas formas a la vez.

Este es el sistema ordinario del Código penal suizo; no prevé más que una sola pena absolutamente determinada, la del asesinato (cadena perpetua, art. 112) y además con reservas por las posibles circunstancias atenuantes legales (art. 64), y por otros motivos de reducción posible (art. 21, 25, 100, chif. 1), o por la liberación condicional (art. 38, chif. 1). En todos los otros casos admite márgenes o combinación de penas (alternadas o acumuladas) más o menos amplios, y es el juez el que fija la pena y la individualiza legalmente. «según la culpabilidad del delincuente teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal de este último» (art. 63).

En ciertos casos, en que la protección social exige la eliminación, la corrección individual o la hospitalización se admitirá también la sentencia «relativamente indeterminada» o incluso «absolutamente indeterminada» en su duración, según lo exigía principalmente la escuela positivista y según lo ha consagrado la Ley francesa del 27 de mayo de 1885 sobre la deportación de los reincidentes. El Código penal suizo ha admitido el internamiento y la hospitalización de duración relativamente indeterminada para los delincuentes irresponsables o de responsabilidad restringida (art. 17), para los delincuentes por mala conducta u holgazanería enviados a una casa de educación por medio del trabajo (art. 43) y para los delincuentes alcohólicos o toxicómanos enviados a un establecimiento especial (arts. 44 y 45); no ha admitido el internamiento de duración indeterminada más que para los delincuentes habituales y reincidentes (art. 42, chif. 1 y 6), y esto también bajo reserva de la posible liberación condicional si la conducta del condenado hace pensar que la medida de eliminación no es ya necesaria.

3) El principio de la legalidad no se aplica más que con respecto a las *incriminaciones y sanciones* y trata únicamente de evitar la creación de delitos y de penas no previstos por la ley *de fondo*. Las otras fuentes de formación del Derecho, sea la costumbre, el uso judicial o la analogía, pueden ser aplicadas a otras materias del Derecho penal. Esta es la causa por la que se admite notoriamente la costumbre según la cual los diplomáticos extranjeros que cometiesen un delito en el país en que están acreditados, escaparían a la persecución y a la represión de ese país a causa de su inmunidad diplomática. Y es también la causa por la que la exclusión del principio de la analogía no se aplica al Derecho penal *formal*, al procedimiento: El Código de procedimiento de Neuchâtel de 1945 lo ha consagrado formalmente en una disposición destacada (art. 308 al. 2). Ha determinado que rija «todas las materias a las que se refieran la letra o el espíritu de sus disposiciones», y que a falta de una disposición legal aplica-

ble «la autoridad proceda según las reglas que ella establecería si tuviese que actuar de legislador, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina, la jurisprudencia y los usos judiciales». Esto es réplica del artículo 1.º del Código civil suizo y su inspiración es idéntica.

III. *Las consecuencias del principio.*

La admisión del principio de la legalidad llevará como corolario las siguientes proposiciones:

1) Primeramente, que la Ley penal *no es retroactiva*. Como no se aplica más que a los hechos que trata y define, no puede serlo más que a aquellos que han sido cometidos bajo su imperio; no puede de ninguna manera «volverse atrás y alcanzar los hechos cometidos antes de su promulgación»; entonces no existían ni ella ni su amenaza²³. La Declaración de los derechos del hombre ha enunciado este principio tutelar al mismo tiempo y en la misma frase que el de la legalidad, y la constitución francesa de 1793 lo ha expresado de una manera particularmente enérgica y ampliamente citada: «la ley que castigue los delitos cometidos antes de que ella exista será una tiranía; el efecto retroactivo dado a esta ley, un crimen»²⁴. La mayoría de los Códigos han aplicado este principio, bajo la reserva naturalmente de dar carácter retroactivo a la ley si es más suave (*lex mitior*). Como decía también Binding en sus *Normes*: ¿Cómo el que comete una acción antes de que ésta esté prohibida puede cometer un delito? Es por lo que una «ley despótica» que pretendiese extender sus efectos a tales actos todavía no erigidos en delitos, le parecía nula, al faltar una condición esencial de validez (I, p. 173). Se sabe qué reproches han sido hechos también a la carta constitutiva de 8 de agosto de 1945, a la jurisdicción y a las condenas del Tribunal internacional del Nuremberg, que no respetaron este principio en modo alguno.

El Código penal suizo propone, aquí también, la regla formal en su artículo 2, aplicado siempre estrictamente, y al que la Corte de Casación federal ha asegurado el respeto por medio de una firme influencia durante la época de transición de los derechos cantonales al Derecho federal unificado en 1942 y 1943 (Cfn. ATF 68, IV, p. 1, 33, 65, 129 y 148, 69, IV, p. 71, 147 y 226).

Bajo la influencia de las necesidades políticas nuestra época ha seguido la tendencia de olvidar este principio, estableciendo disposiciones «ex post facto» que permitiesen al Estado hacer fren-

23. Véase principalmente sobre esta materia A. CHAUVEAU y F. HELIE, *Théorie du code pénal*, 5.ª edición, París, 1872, tomo I, pág. 39.

24. Sobre el mismo principio se puede consultar siempre con provecho la obra del Profesor P. ROUBIER, *Des conflits des lois dans le temps*, dos volúmenes, París, 1929-1933. Véase también A. VIRU, *Des conflits des lois dans le temps en droit pénal*, tesis, Nancy, 1945.

te a las necesidades de ciertas «depuraciones». En su reciente libro, tan digno de atención, sobre "El Ocaso del Derecho"²⁵, el profesor Georges Ripert demuestra su peligro. Refiriéndose en particular a la ordenanza francesa del 26 de agosto de 1944, que ha creado el crimen de «indignidad nacional» y la pena de la «degradación nacional», se queja de que «la pasión política haya hecho olvidar el principio más seguro de la ley penal» decidiendo que estas disposiciones sean retroactivas; y observa que la gran agudeza de razonamiento por medio de la cual se ha tratado de justificar este hecho «es la mejor prueba de la molestia que experimentan los verdaderos juristas al leer la exposición de motivos de la ordenanza de 1944. Cuando en tiempos de revuelta o de revolución se imponen algunas medidas de policía, concluye el autor, es necesario admitirlas, pero no se debe tratar de hacerlas pasar por medidas de justicia».

2) Por otra parte tiene el juez el deber de *calificar el hecho* según lo sea en la ley penal. No tiene el derecho de sustituir por otra calificación la de la ley penal, y, por lo tanto, ni aún el de desnaturalizar, desvirtuar y cambiar el hecho punible y su sanción legal. No tiene el derecho, por ejemplo, de bautizar de simple hurto un robo cualificado, de quiebra simple una quiebra fraudulenta, de atentado a las buenas costumbres un atentado al pudor, de «supresión» de un niño un infanticidio, ni el de desestimar el Tribunal competente en beneficio de otro Tribunal, es decir, actuar según la práctica francesa conocida con el nombre de «correcionalización», y que consiste en hacer de un crimen un delito para disminuir una pena legalmente prevista y corregir la severidad de la ley. Siendo los hechos claros y la ley formal, el juez no puede hacer más que aplicarla. No se encuentra aquí ante un caso de los llamados de analogía «per bonam partem», es decir, ante la aplicación de una excusa legal de un caso a otro, que criminalistas tan calificados y autorizados como Carrara y Binding y el profesor Hafter, en Suiza, consentían y justificaban; la severidad excesiva de la ley no puede ser asimilada a una excusa que la ley no hubiese previsto, porque ésta no puede prever todas las causas de atenuación de la pena.

Esto es en realidad retorcer y violar la ley, lo mismo que si el juez procediese inversamente e hiciese de una infracción calificada como delito por el legislador, un crimen, al aplicar una pena criminal. La práctica de tal abuso daría la razón al principio extremo de Beccaria en su libro *Dei delitti e delle pene* según el cual se dejaría entonces de ver a los ciudadanos expuestos «al despotismo de una muchedumbre de pequeños tiranos (los jueces) cuando las disposiciones de un Código fijo, cuya observación literal sería de rigor, no dejasen al juez más que la facultad de examinar si

25. *Décim du droit*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, págs. 177 y sigs. Véase en el mismo sentido el artículo de Louis ROUGIER, *La France est-elle un Etat de droit?* en la revista «*Ecrit de Paris*», febrero 1950, págs. 77 y sigs.

las infracciones de las que debe conocer son o no conformes con la ley escrita, en otros términos, cuando la regla de lo justo o de lo injusto no fuese ya un asunto de apreciación, sino de hecho».

El Derecho moderno, en oposición al Código francés de 1791, ha evitado justamente tal estrechez del principio; pero si el texto sin ambigüedad de la ley parece malo o anticuado, es misión del legislador la de corregirle y no del juez por medio de un subterfugio para detener una calificación en contradicción directa con los términos y la voluntad de la ley. Nosotros no lo toleraríamos. No existe más que un remedio y que es la modificación de la ley que asegure en lo sucesivo el respeto al principio de la legalidad, como lo ha hecho Francia sucesivamente para el infanticidio, el aborto, la bigamia y la usura ²⁶.

3) Resulta finalmente del principio de la legalidad que el juez no tiene el derecho de perseguir y de castigar hechos por *analogía*, saliéndose del marco que le ha impuesto la ley escrita. En lo civil el razonamiento por analogía está admitido. En Francia se han aplicado, por ejemplo, al contrato de seguro, no regulado por la ley, los elementos tomados de los contratos afines de mandato y de sociedad.

Por el contrario, en Derecho penal tal práctica es incompatible con el principio fundamental de la legalidad. El juez no puede, fundándose sobre la identidad latente de dos situaciones jurídicas o sobre la similitud de una regla legal susceptible de regular una situación de hecho afín, aplicar a otros hechos no tratados por la ley una disposición que trate y que pene ciertos hechos determinados. No puede hacerlo aunque estos hechos le parezcan tan punibles, incluso más punibles todavía, que los previstos por la ley y aunque al principio de una disposición general le parezca que puede abarcarlos. Si, por ejemplo, la ley penal reprime, bajo la definición de robo, la «sustracción fraudulenta de una cosa mueble de otro para procurarse un enriquecimiento indebido», como lo hace el Código suizo (art. 137), no se podrá perseguir y castigar, en virtud de esta disposición, la sustracción de energía eléctrica que no puede ser asimilada a un objeto mueble, ni lo que se llama habitualmente hurto de uso ya que el autor no trata de apropiárselo para enriquecerse, sino simplemente para servirse de ello, como por ejemplo el libro o la bicicleta sustraídos a su propietario; no se podrá tampoco extender la disposición y su pena a la sustracción de un objeto por simple maldad o para causar un daño. La única solución legítima en buena doctrina, si no se quiere que tales hechos permanezcan impunes, es la de convertirlos en *delitos especiales*, tratados por una disposición particular de la ley. Y esto es lo que ha hecho precisamente nuestro Código, tan pro-

26. A este respecto véase principalmente el artículo de M. PATIN, Consejero de la Corte de Casación de Francia, *La correctionnalisation législative des crimes*, con una proposición de ley, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», París, 1948, núm. 2, pág. 187.

fundamente preocupado por el principio de la legalidad, con las calificaciones especiales, entre otras disposiciones complementarias, de sustracción sin ánimo de enriquecimiento (art. 143), de sustracción de energía (art. 146) y de daño a la propiedad (artículo 145) ²⁷.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE LA ANALOGÍA

I. *El principio en general.*

1) El principio estricto de la legalidad, instituido para proteger al individuo, parecía ir sacrificando poco a poco la protección de la sociedad. Ha terminado por conducir a una reacción contraria a aquella que lo había hecho adoptar a causa del antiguo despotismo.

Efectivamente, la ley se encuentra en la imposibilidad absoluta de prever todos los casos y de castigar a todos los delincuentes, a pesar de la multiplicidad de las disposiciones y del cuidado de las definiciones y de las enumeraciones legales, como lo ha demostrado en particular el sistema tan minucioso, y a pesar de todo tan estrecho, del Código penal francés. No puede regular todo, ni prever con antelación todas las modalidades posibles, todas las formas particulares y nuevas de un delito, en especial en materia de infracciones contra el patrimonio, de hurto, de abuso de confianza, de gestión desleal o de estafa, este «delito variable» como lo ha llamado Garraud, o, por ejemplo, en materia de atentados al honor por medios modernos tales como el cinematógrafo, los discos o la radio. «Siempre queda un espacio libre entre los artículos de la Ley penal». No se puede evitar que el malhechor astuto, que permanece en las fronteras de la criminalidad, «pase a través de las mallas de la red», en virtud del principio de que todo lo que no está expresamente prohibido por el Código penal, está permitido: son precisamente los malhechores los que mejor conocen el Código penal y los que más se ingenian para retorcerlo. Esto es lo que explica que en la misma Francia, país clásico del sistema de la legalidad en Derecho penal, haya sido necesario extender en un cierto número de casos las disposiciones del Código a hechos que él no había tratado y que no podía tratar directamente, ya que el estado de los conocimientos no permitía preverlos en el momento de la redacción del texto legal. Las disposiciones sobre robo

27. Por una justa aplicación del mismo principio es por lo que en Francia ciertas infracciones han sido previstas y penadas por una *disposición expresa* que completa el Código penal, como los provechos ilícitos por la Ley de 26 de julio de 1873, que completa el artículo 401, o la malversación de cotizaciones de seguros sociales por el patrono por la Ordenanza de 4 de octubre de 1945, que completa el artículo 408.

(diferentes a las del Código suizo) han sido así reconocidas como aplicables a la sustracción de electricidad; la disposición que trata de los atentados a la propiedad literaria y artística ha sido aplicada a la radiodifusión; y el delito de difamación por medio de proyecciones cinematográficas ha sido considerado punible en virtud de la Ley sobre Prensa, de 20 de julio de 1881, anterior al cinematógrafo.

Tales imputaciones, generalmente llamadas por *interpretación analógica* (intra legem), de las que se podría multiplicar los ejemplos, constituyen el límite entre la interpretación extensiva de un texto existente, del cual hablaremos más tarde, y la creación analógica de un delito fuera del texto legal (extra legem). La interpretación analógica no es en sí misma contraria al principio de la legalidad, si no se la encierra, como lo habían hecho los clásicos, dentro de los límites más estrechos, y no hay en ello nada que pueda realmente extrañar al criminalista de nuestra época, sobre todo con las definiciones generales y elásticas, no enumerativas y limitativas, que el legislador tiene tendencia a admitir, como lo ha hecho de manera tan clara y tan notable el legislador suizo. A veces está también prevista y determinada por el texto mismo de la Ley. Es lo que hace nuestro Código cuando formula la pena que corresponde a aquel que hubiese detenido a una persona, la hubiese retenido prisionera o «de cualquier otra manera» la hubiese privado de su libertad (art. 182); a aquel que hubiese cometido un atentado al pudor usando de la violencia o de grave amenaza contra una persona o «después de haberla colocado de cualquier otra manera en la imposibilidad de resistir» (art. 188); a aquel que hubiese hecho padecer a un niño menor de dieciséis años el acto sexual u «otro acto análogo» (art. 191); o también a aquel que hubiese cometido un acto contra natura o abusado de una mujer, debido al estado de impotencia de la víctima o a la autoridad que sobre ella le concede la función, la cualidad de patrono u «otra cualquiera relación análoga» del autor (arts. 194 y 197); finalmente a aquel que hubiese intencionadamente provocado una explosión criminal por medio del gas, del petróleo o «de sustancias análogas» (art. 223).

Es evidente que el juez debe interpretar en este caso estas disposiciones para extenderlas y aplicarlas por analogía y que se sustraería a su deber si no lo hiciese; lo mismo que faltaría a éste al crear delitos y castigar por analogía cuando la ley no lo prevé. El Código muestra esto más claramente todavía cuando prescribe al juez que las disposiciones relativas al envío de los alcohólicos delincuentes a un asilo apropiado (art. 44), «son aplicables por analogía a las personas dadas al uso de estupefacientes» (artículo 45).

2) Pero hay que distinguir la interpretación analógica de la *creación analógica* o de la *analogía propiamente dicha*. Esta sale del marco de la disposición legislativa, mientras que la primera.

sólo trata de llenarlo. La analogía consistirá en resolver una especie penal sin caer directamente bajo el peso de la Ley, sea partiendo de su espíritu latente (analogía juris), sea partiendo de la similitud de una disposición dada (analogía legis); trata de traducir y afirmar la «voluntad no expresada» de la Ley, pero de la que se admite que el legislador la hubiese ciertamente expresado, si hubiese podido tener en cuenta la situación que se le presenta al juez. No pertenece, por lo tanto, al dominio de la interpretación, sino que se remonta a la fuente de la norma penal para derivar de ella una incriminación y una sanción paralelas, no formuladas.

El Derecho penal clásico que repudiaban enérgicamente aún la interpretación de la ley penal, como más tarde veremos, lo ha hecho todavía con mayor razón para la analogía, que se aparta totalmente de esta Ley, para prolongarla y extenderla fuera de su campo de aplicación. Ha reconocido siempre que al admitir la analogía para evitar la consecuencia molesta de dejar quizás un delito sin castigar, pondría en peligro incluso a la Ley y a las garantías de la libertad, ya que permite crear delitos y penas. «El remedio sería peor que el mal».

Sin embargo, la escuela positivista, dando más importancia al principio utilitario de la defensa social que al principio de la justicia fundado sobre la responsabilidad moral tradicional, y sustituyendo por éste el criterio de la responsabilidad social del autor de un acto socialmente peligroso, debía refutar naturalmente la máxima de la «legalidad» y de su aplicación de un modo que paralizase las exigencias de la política criminal realista y eficaz que se proponía. Le ha parecido útil y legítimo, para la sociedad que se defiende en virtud de la ley de conservación universal, no ser de tanta importancia el multiplicar las garantías en favor de los criminales que la atacan, como el mantenerles a raya. Ya que la doctrina admite que existen «criminales natos» o «criminales por tendencia» que su constitución, su herencia, sus taras o su naturaleza particularmente maligna predisponen o conducen fatalmente a la criminalidad, y que estos criminales en potencia pueden ser designados sin peligro de error, debía admitir y pedir también, lógicamente, protección contra ellos y su eliminación aún antes de que hubiesen cometido su primer delito, o cuando lo hubiesen intentado y hubiesen fallado en su intento o aun cuando hubiesen efectuado un acto peligroso y reprehensible que manifestase su criminalidad aun cuando este acto no encajase en una disposición precisa de la Ley penal.

El Código penal italiano de 1930 que trata del «delincuente por tendencia» (art. 108) ha previsto de una manera general que las medidas de seguridad pueden ser aplicadas únicamente a las personas declaradas como socialmente peligrosas y que hayan cometido un hecho previsto y castigado por la Ley como delito (art. 202); pero admite, sin embargo, medidas de eliminación y de segregación con relación al autor peligroso de un delito imposible o de individuos peligrosos que hayan participado en una conjura.

para tratar un delito que no haya sido ejecutado (artículos 49 y 115)²⁸. Italia, sin embargo, ni aun bajo el régimen autoritario fascista, ha abandonado jamás el principio de la legalidad y admitido que se pueda castigar con una pena, por aplicación analógica, un acto no previsto por la Ley, contrariamente a los regímenes totalitarios soviético e hitleriano, que según las palabras del presidente Amelio, han inaugurado el período de «crepúsculo de los Códigos» con la admisión de la analogía pura.

II. La aplicación del principio analógico.

La aplicación analógica del Derecho a una situación no prevista por el legislador puede proceder, sea del deseo de una justicia lo más perfecta posible que venga a colmar las lagunas técnicas de la Ley, en el sentido que hemos destacado desde el principio, sea del deseo de una defensa política y social lo más cerrada posible, en el sentido que acabamos de indicar.

1) La primera forma—llamada de *analogía técnica*—ha sido realizada en Dinamarca²⁹; representa el desarrollo del principio de la libre apreciación de los poderes del juez, al que parece que se puede confiar sin miedo este poder de llenar una laguna de la Ley, a causa de su valor y de las garantías que ofrece en un régimen liberal. El Código penal de 1930, que entró en vigor en 1933, propone el principio (art. 1) de que caerá bajo el ámbito de la Ley penal el acto «cuyo carácter punible esté previsto por la legislación danesa o un acto completamente asimilable a éste». Este principio que reposa sobre la «analogía legis» absoluta, ha consagrado simplemente la práctica judicial danesa, que existía ya en el viejo Código de 1866, y es, por lo tanto, erróneo el unirse, como se ha hecho, al movimiento contemporáneo del Derecho autoritario y positivista que ha encontrado su expresión en la práctica soviética y nacionalsocialista.

2) La segunda forma—llamada de *analogía política*—procede de un espíritu completamente diferente y va mucho más lejos. Ha renegado completamente del principio de la legalidad y ha pretendido darle de lado.

a) En Rusia, la pena por aplicación analógica de una disposición existente ya se conocía en la legislación de Pedro el Grande (1722) y aun anteriormente. Pero el Código soviético de 1926-1927 la ha convertido deliberadamente en sistema, como lo hemos demostrado en nuestro estudio general sobre el Derecho penal de

28. Véase principalmente a este respecto V. V. STANCIU, *Les délinquants par tendance dans le code italien*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1948, 3, pág. 521.

29. Véase a este propósito el artículo del Profesor ST. HURWITZ, de Copenhague, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1950, núm. 1, pág. 1.

La U. R. S. S. ³⁰. Ha desterrado la regla *nulla pœena, nullum crimen sine lege*. Es un «principio burgués», ha dicho Krassikov, «un gran peligro en materia de política criminal». El Derecho soviético no se propone, en efecto, ser de ningún modo la regla o «el escudo de los ciudadanos», la salvaguarda del individuo y de sus libertades, siguiendo la concepción base de nuestros Códigos, sino el arma del Estado para la protección del régimen colectivista. No es por otra parte, el instrumento de defensa de un orden «estático», considerado como definitivamente establecido, sino un instrumento de la lucha continua y siempre renovada contra todo aquello que comprometa al régimen estatal en la evolución. Hasta 1922, durante el período de «comunismo de guerra» (período de Lenin) al que siguió el de la «legalidad revolucionaria», se suprimió y se negó todo «Derecho legal» para reemplazarle por un «derecho libre», inspirado al juez y al «pueblo» por la necesidad y por su «conciencia socialista»; no había Código penal, los delitos y las penas no estaban ni catalogados ni definidos, era el juez quien los reconocía y no la Ley. Está claro como lo ha dicho la revista «El Derecho soviético» en 1924, cuando se estableció el «Derecho nuevo», que «en un Estado en el que la dictadura se define formalmente como un poder que no está ligado a ninguna clase de leyes, todo fetichismo de la Ley y de la legalidad es imposible, a menos de desechar los principios básicos de este Estado». También el Código de 1926 de la República socialista federativa de los Soviets de Rusia ha consagrado en su artículo 16 la regla general de la analogía conforme a los «principios fundamentales de la legislación penal de la U. R. S. S. y de las repúblicas federadas», aparecidos en 1924 (art. 3). «El Derecho penal de la defensa social tiene una continuidad que no admite lagunas», ha dicho el jurista Anosov. La analogía no es «un elemento accidental del Derecho soviético», sino que está «íntimamente ligada a su espíritu» y a su estructura; constituye «una parte integrante del sistema del Código soviético» ³¹.

El artículo 16 del Código de 1926 dispone en efecto que «si tal o tal acto socialmente peligroso no está previsto por el Código, el fundamento y los límites de la responsabilidad en que se incurra por este motivo se determinan conforme a los artículos del Código

30. «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1948, página 247.

31. Sobre las ideas de Anosov se pueden consultar los artículos ya citados y aparecidos en la revista «Scuola Positiva», de octubre-noviembre de 1930, en la «Monatsschrift für Kriminalpsychologie», de 1930, pág. 427, y en la revista «Giustizia Penale», 1934, I, pág. 171; 1935, I, pág. 201; 1936, II, pág. 781. Como se sabe, según la lógica perfecta de este sistema, el proyecto de Código de KRIVENKO (más tarde caído en desgracia), proponía en 1930 el suprimir pura y simplemente toda parte espacial del Código penal que previese y regulase los delitos y las penas y su «dosimetría». Solamente el Código de «la época transitoria» debía todavía necesitar el dar «directrices» a los jueces y consagrar la analogía en espera de la llegada del «derecho libre», aplicado por el juez. Esta es también la doctrina mantenida por Anosov, y la del artículo citado del Profesor DE ASÚA. «Revue de Science Criminelle», 1949, núm. 2, pág. 212.

que prevén los delitos cuya naturaleza les sea lo más afín posible». Por lo tanto, la noción del estado o del acto socialmente peligroso va muy lejos. Se considera como socialmente peligrosa «toda acción u omisión dirigida contra el régimen soviético o que atente al orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino para el período de transición al régimen comunista» (art. 6) Y las «medidas de defensa social» se aplican no sólo a las personas que hayan cometido actos socialmente peligrosos según esta definición vaga y extensible, sino también a aquellas que simplemente «constituyan un peligro por sus relaciones con un medio peligroso o por su pasado» (art. 7). Por lo tanto se puede ser castigado no sólo por lo que se ha hecho, sino por lo que se es o se considera que se es («explotador», «koulak», «kontrik»); el estado socialmente peligroso se asimila al acto socialmente peligroso; las medidas de prevención antes del delito se confunden con las medidas de represión o de eliminación después del delito, como lo criticaba Ferri mismo, del que se habían tomado las doctrinas positivistas como base parcial; la función administrativa y policial se confunde por esto con la función judicial.

La doctrina discute hoy día el alcance del artículo 16. Ciertos autores (los más importantes, como Vichinsky y Paschukanis) estiman que el principio de la analogía debe ser interpretado y aplicado ampliamente; para otros (Sargorodsky) la analogía sería aplicable «sola y excepcionalmente cuando la Corte de Casación pueda establecer de forma evidente que el hecho es peligroso para el orden público»³². Todo ciudadano estaría a la merced del juez si se admitiese que los delitos mencionados en la ley no están allí más que a título de ejemplo.

b) La disposición del 28 de junio de 1935, en tiempos del *III Reich alemán*, ha seguido la misma vía, y según algunos autores ha llegado todavía más lejos que el derecho soviético, pues ha hecho «tabla rasa de la legalidad»³³. Decidía, por disposición introducida en el artículo 2 del Código penal, que se castigaría a «cualquiera que cometiese un acto que la ley declara punible o que mereciese ser castigado en virtud de los principios fundamentales de la Ley penal y según la sana apreciación popular; si ningún texto legal se refiriese al caso en cuestión, el acto sería castigado conforme al texto cuya ley fundamental se le aproximase lo más posible».

Los autores alemanes se han esforzado en justificar y en explicar esta disposición y en encontrarle límites: exigencia de un parecido entre el acto pretendido por la ley y el acto a castigar; exclusión en los casos que van al encuentro de la voluntad cierta

32. Véase el artículo del Profesor DE ASÚA en la «Revue de Science Criminelle», 1949, núm. 2, pág. 214.

33. Véase también a este respecto DE ASÚA, pág. 219. El Profesor MITTERMAIER se ha levantado contra esta manera de ver y ha recordado también «los lados buenos» de la ley alemana; artículo citado, «Revue Pénale Suisse», 1948, páginas 425 y sigs.

del legislador, especialmente en el caso de determinación de una edad límite para los menores; extensión conforme a la «sana apreciación popular» o a la «conciencia ilustrada de la comunidad popular». La doctrina nacional-socialista estimaba en efecto que el juez es el intérprete de esta conciencia popular (*gesundes Volksempfinden. gesunde Volksanschauung*); el derecho no proviene solamente de la ley, sino del pueblo, es «una emanación de la comunidad de raza y de sangre». Es necesario, por lo tanto, extraer las sanciones del pensamiento jurídico de la ley penal escrita, desgajar de ella el principio de la represión no escrita, pero querida por el derecho, y esto sin perder de vista el Código, sin tener el derecho de crear «tipos» de infracciones nuevos (principio llamado de la «tipicidad») para reemplazar la regla falsa o por lo menos incompleta *nullum crimen sine lege*, por la regla justa conforme a la tendencia del derecho subjetivo o «voluntario» (que castiga la voluntad culpable) y a la conciencia jurídica «popular»: *nullum crimen sine culpa*. Se ha querido oponer, como ha dicho el profesor Mezger, el «punto de vista del derecho vivo» al «punto de vista del derecho legal», inanimado. Se había concedido al Ministerio público, en interés de la ley, un recurso especial de casación ante el Tribunal Supremo, a fin de asegurar la aplicación conforme a estas disposiciones y de examinar si el principio de analogía había sido aplicado de manera errónea, o bien injustamente omitido.

La ley número 11 del Consejo de Control, de 30 de enero de 1946, ha puesto fin a este estado de cosas y restablecido el sistema de legalidad que había consagrado la Constitución de Weimar (art. 116) al revocar la obra efímera del nacional-socialismo, recogida en el párrafo segundo del Código penal alemán³⁴.

III. La reacción contra el principio de analogía; su remedio.

1) La regla recientemente afirmada de la aplicación analógica, que destruye de manera tan peligrosa la regla tutelar de la legalidad, había sido discutida a fondo principalmente en el IV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal en París en julio de 1937, como ya hemos indicado; en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado de La Haya, en agosto de 1937, y en el I Congreso de Criminología Latino-americana de Buenos Aires, en 1938. Se puede decir que casi la totalidad de las comunicaciones ha rechazado el principio analógico (que el alemán Dahm había venido a defender al Congreso de La Haya, donde «la oposición fué ruidosa»). El Congreso Internacional de Derecho penal de París ha afirmado por unanimidad que «el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, garantía nece-

34. Sobre la disposición alemana, su sentido y su abolición, véase particularmente SCHÖNKE, «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», 1948, tomo I, fasc. II, pág. 221.

saría del derecho individual, tiene por consecuencia la exclusión del método analógico en la interpretación de las leyes penales» (o más exactamente en su aplicación).

Y ha expresado el deseo de que las disposiciones de la ley penal que definan las infracciones, sean «concebidas en términos lo bastante generales como para facilitar la adaptación de la jurisprudencia a las necesidades sociales».

2) Esta es en efecto la vía preferible y normal, la que habían escogido en particular el Código penal noruego y el Código penal suizo, cuyas amplias definiciones del asesinato (art. 112), de las lesiones corporales (arts. 122 y 123), del robo (art. 137), del abuso de confianza (art. 140), de la estafa (art. 148), de la gestión desleal (art. 159), de la violencia (art. 181), etc., son típicas. La Sociedad Suiza de Juristas ha llegado a conclusiones de esta misma naturaleza al examinar en su Asamblea de 1944 en St. Gall el problema del «Estado fundado sobre el Derecho (Rechtsstaat) y sobre el Derecho penal» presentado ante ella por una comunicación del Consejero de Estado A. Picot, de Ginebra³⁵. La preocupación por la seguridad jurídica es esencial para nosotros. Como lo ha destacado nuestro colega el profesor Germann en sus importantes artículos sobre este aspecto³⁶, la limitación de la persecución penal a los casos «expresamente» pretendidos por la ley, nos parecería la garantía de que nos encontramos en presencia de un Estado fundado sobre el Derecho y no de un Estado fundado sobre la fuerza policiaca o sobre el despotismo político y judicial.

La Corte de Casación federal vigila escrupulosamente para evitar toda creación analógica del derecho y toda represión no querida por la ley, incluso de actos considerados por ciertos Códigos cantonales anteriores como delitos y castigados como tales, y especialmente la vida inmoral (ATF 68, IV, 110), la prostitución como tal (ATF 69, IV, 7) y fuera del reclutamiento público (69, IV, 199), las molestias causadas a la vecindad por la prostitución, la tolerancia del proxenetismo profesional en los locales en arrendamiento y la publicidad dada a las ocasiones de vida inmoral formalmente tratadas por la ley (arts. 206, 207, 209 y 210 CP). El Tribunal federal no ha reconocido a los cantones el derecho de castigar tales actos en su legislación particular (para evitar precisamente una sanción por vía analógica y no fundada sobre un texto legal preciso). Y por lo que respecta a la aplicación propiamente dicha, la Corte de Casación federal, al tener que revisar una sentencia en la que la jurisdicción de Vaud había admitido que el encubrimiento del producto de la cosa proveniente de una infracción (y no de la cosa misma) caía bajo el peso de las disposiciones del Código penal (art. 144), ha condenado for-

35. Comunicación publicada, junto con la discusión, en las Actas de la Sociedad, «Revue de Droit Suisse» (Zeitschrift für Schweizer Recht), Basilea, 1944, pág. 256.

36. *Methodische Grundfragen*, colección de los *Etudes de droit criminel suisse*, Basilea, 1946.

Finalmente esta interpretación o más bien esta aplicación analógica (ATF 68, IV, 1938). Sea cual sea la amplia interpretación de la que ha admitido el principio en la materia concreta del encubrimiento (ATF 69, IV, 71), el Tribunal federal ha revelado claramente que el problema no había escapado a los redactores de nuestra ley y que el Código penal suizo lo había resuelto en el sentido restrictivo, sabiéndolo y queriéndolo, como lo demostraba su génesis y la interpretación histórica de esta disposición ³⁷.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN

I. *El principio en general.*

1) La interpretación, y especialmente la interpretación extensiva y la interpretación analógica efectuadas dentro del marco de la ley (*intra legem*), se distinguen de la analogía, por la que el juez sale de este marco, va más allá de la ley (*extra legem*), la aplica a los casos que no ha previsto, pero que estima afines, para colmar las lagunas del texto legal. La interpretación trata simplemente de determinar su sentido o de darle todo su sentido. Si bien el principio de la legalidad, como aparece en el artículo 1.º del Código penal suizo, excluye la creación del Derecho por razonamiento o aplicación analógica, sin embargo, no excluye la interpretación de la ley. Por el contrario, la ordena. Ya que la infracción y la pena deben ser, según el principio general, definidas o indicadas en la ley penal, el juez, después de haberse asegurado de la existencia de la ley o de la disposición penal en un caso determinado, debe comprobar de oficio si los hechos imputados a un sospechoso caen dentro del ámbito de esta ley. Como ésta no puede prever y regularlo todo en detalle, ya hemos dicho que a menudo será necesario el precisar el sentido e interpretarlo. La cuestión fué, y es todavía, la de saber en qué medida esta interpretación es compatible con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

No nos ocupamos aquí más que de la interpretación *judicial*, la que incumbe al juez, y no de la interpretación *auténtica*, efectuada por el legislador mismo en un texto interpretativo ulterior. Es evidente que en este caso la interpretación liga al juez y que éste debe plegarse estrictamente a ello. Una simple circular o una

37. Esta cuestión ha sido recogida para su estudio en la última Asamblea de la Sociedad Suiza de Derecho Penal el 13 de mayo de 1950, de acuerdo con una comunicación de B. Von Buren, abogado de Zurich.

ordenanza administrativa no podría pretender tener la autoridad de una ley interpretativa.

2) La *interpretación* de un texto jurídico por el juez es una de las tesis más controvertidas en Derecho penal, y esta controversia se remonta a épocas muy antiguas. Como lo han recordado varios autores, continúa la discusión que dividía en Roma a las dos escuelas de Próculo y de Sabino: la primera no admitía, según una doctrina antigua, más que la interpretación literal o gramatical; la segunda, dominada por la regla de la equidad y colocando el espíritu, la razón de la ley por encima de la letra, admitía la interpretación lógica y la encontraba preferible. En el antiguo Derecho los canonistas habían consagrado el adagio: *odiosa—y, por lo tanto, también poenalia—sunt restringenda*; en materia penal, la aplicación y la interpretación de textos aflictivos debe ser restrictiva. Los legistas y jurisconsultos del derecho laico admitían, por el contrario, la regla de la interpretación amplia—lógica—y sin ningún escrúpulo en virtud del principio: *cum agitur de delicto puniendo, lata interpretatio sumi debet*. La regla fundamental es para ellos la de que los crímenes no deben quedar jamás sin castigar y que las leyes que quieran este castigo, deben ser tomadas en su sentido más amplio.

Desde la época del movimiento de reforma y de reacción contra el antiguo derecho, que se generaliza a partir del siglo XVIII, los abusos de la interpretación conducen naturalmente al extremo opuesto. Montesquieu, en sus *Cartas persas*, se levanta con ironía implacable contra la manía de las glosas y de las interpretaciones que lo complica todo según su gusto y hace el derecho ininteligible; y en *El espíritu de las Leyes* proclama que no hay «ningún ciudadano contra el que se pueda interpretar una ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida». Voltaire se queja de que haya «tantas jurisprudencias como ciudades» y que en un Parlamento la máxima de una Cámara no sea la misma que la de la Cámara vecina. Beccaria, en su tratado, quiere que en materia penal la interpretación sea siempre literal: «El derecho de interpretar las leyes penales no puede pertenecer a los jueces de lo criminal, por la sola razón de que no son legisladores.» Para él nada es más peligroso que el axioma «hay que consultar el espíritu de la ley», porque ésta es la razón para que se vea «la suerte de un ciudadano sometida a los azares de una jurisprudencia incierta y a los malaventurados pagar con su vida los falsos razonamientos de un Magistrado mal dispuesto y que utiliza para la interpretación legítima de la ley el resultado vago de confusas nociones que turban su espíritu». Portalis estima también que en materia criminal «se necesitan leyes precisas y no jurisprudencia». La tendencia es la misma en la época de la reacción «ilustrada» en los países germánicos, contra este «inmenso», este «espantoso despotismo» anterior del que hablaba Boitard³⁸. Este ideal es tam-

38. *Leçons de Droit criminel*, París, 1880, pág. 2.

bién el del Código austríaco de José II de 1787 y el del Código prusiano de Federico de 1791-1794, así como el del Código penal francés de 1791 y el del Código penal bávaro de 1813: explica por qué los dos primeros de estos Códigos prohíben, bajo amenaza de pena grave, todo comentario a la ley penal por miedo a traicionar su espíritu y su letra; explica también por qué el Código bávaro ordena a los jueces y a los profesores el limitarse exclusivamente al texto del Código y a sus notas y prohíbe todo comentario, lo que hizo que no apareciese ni uno solo durante toda su existencia, pese a la importancia y gran valor de esta ley reputada como «una de las glorias de la legislación germánica».

Así es cómo se forma la *doctrina* clásica del siglo XIX, que no admite en materia penal más que una interpretación *estrecha, estricta, restrictiva*; prohíbe al juez penal el razonar y el aplicar textos, lo mismo por interpretación que por analogía. Se estima que pertenece a la naturaleza de toda defensa el estar «encerrada estrictamente en sus propios términos»: «en el límite en que la defensa legal expira, existe un derecho que comienza». La misión del juez consiste, por lo tanto, únicamente en la estricta aplicación de la ley, no debe en ningún caso ir más allá, «confundir los deberes que derivan de la conciencia y los que derivan de la ley»³⁹. Todavía hoy rige a menudo esta idea de la prohibición de una interpretación llamada extensiva, como ha dicho el profesor Hafter en un reciente artículo sobre «las lagunas en el Código penal»⁴⁰, y la fórmula todavía se sigue repitiendo.

3) Sin embargo, esta doctrina de la interpretación necesariamente restrictiva de la ley penal ha sido combatida y ha ido perdiendo terreno desde fines del siglo último; no se la puede ya considerar en vigor y hoy nosotros la rechazamos. En efecto, nadie niega que la interpretación puramente literal conducía a resultados poco satisfactorios y aun a veces inadmisibles de todo punto. Es imposible que una ley penal cualquiera esté tan perfectamente establecida que regule no solamente todos los casos que caen dentro del marco de la represión conforme a la intención del legislador, sino que cada uno de sus términos deba ser tomado al pie de la letra y en un sentido absoluto; siempre se encontrará una palabra o una frase que ocasione dificultades y sería extraño el aceptar en un texto no el sentido real y verdadero, sino el sentido accidental o ilógico que le puedan dar una impropiedad, un error, una oscuridad o una contradicción en la redacción. Porque no es, hablando con propiedad, la ley la que se aplica, sino una versión deformada de la ley.

39. Véase principalmente CHAUVEAU y HELIE, *Théorie du Code pénal*, 5.^a edición, vol. I, pág. 42.

40. «Revue Pénale Suisse», 1947, pág. 133, *Luken in Strafgesetzbuch; Luckenausfüllung*.

II. Las reglas modernas y el alcance del principio de interpretación.

1) Con esto se ha llegado a admitir en general la siguiente posición fundamental que Faustin Hélie ha expuesto excelentemente, cuyas ideas y términos han sido adoptados y repetidos después por la mayoría de los autores ⁴¹: «Como toda otra ley, la ley penal tiene principios generales, disposiciones que se coordinan; es la expresión de una doctrina (como ya hemos visto), de una razón que la domina.» La interpretación lógica que se funda precisamente sobre esta «razón de la ley», sobre la *ratio legis*; es decir, sobre la *voluntad declarada o presumida del legislador*, debe, por lo tanto, aplicarse lo mismo a la ley penal que a la ley civil. No existe mayor razón ahora que antes para ser esclavo de la letra cuando su aplicación servil traicionaría el espíritu de la ley. Si la razón de aplicación es la misma, no se hace más que conformarse con la ley, al extenderla del caso cierto a los casos dudosos. El juez no debe evidentemente apartarse de un texto cuyo sentido puede ser claramente definido y refleja la intención del legislador; pero en la duda no debe adoptar por sistema la solución más favorable, aplicando el dicho corriente *in dubio mitius*, sino buscar y seguir la verdadera intención del legislador. Debe descubrir la voluntad de la ley, ya que no puede crear ni suplir esta ley.

La interpretación debe ser *declarativa*; es decir, limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar, todo su sentido, sin añadir ni quitar nada. Y para esto tiene que ser a la vez literal y lógica—e incluso teológica e histórica—para traducir exactamente el sentido del *texto legal*, y al mismo tiempo remontarse a la *razón de la ley*, a su *fin*, y en caso necesario, a su génesis para deducir su pensamiento y verificar su aplicación al caso específico.

A esta conclusión es a la que ha llegado en Suiza la Corte de Casación federal y en principios semejantes es en los que ésta se ha inspirado para la interpretación del nuevo Código penal federal en estos últimos años.

Antiguamente, cuando el Tribunal federal tenía que aplicar un texto no perfectamente claro, seguía más bien una tendencia *extensiva* cuando se trataba de proteger los intereses generales y los del Estado, y una tendencia *restrictiva* cuando el texto trataba de la libertad individual era desfavorable al individuo. Estimaba que la interpretación debía ser en principio benevolente para el culpable, en aplicación de la regla fundamental de que la ley o la regla más suave debe prevalecer en Derecho penal. Así su-

41. Introducción a las *Leçons de droit criminel* de BOITARD. París, 1880, página XII.

cedía que en caso de *divergencia* entre los textos alemán, francés italiano de las leyes federales (ya que los tres textos de nuestras lenguas nacionales tienen el mismo valor oficial), la Corte de Casación aplicaba el texto más favorable al acusado, lo mismo en materia de incriminación que de pena (ATF 48, I, 443; 51, I, 161, *Journal des Tribunaux*, 1925, I, 637). Admitía, por una parte, que un ciudadano no podía ser castigado por un acto que la ley penal redactada en su lengua materna no la mostrase como prohibido, y por otra parte, que la ley federal debería ser aplicada de una manera uniforme en toda Suiza y tendría que ser, por lo tanto, la más suave, ya que son posibles diversas interpretaciones.

Estos últimos principios, completamente razonables en apariencia, condujeron, sin embargo, a resultados cuestionables y peligrosos; para la represión de los atentados contra la seguridad del Estado, razón por la cual el Tribunal federal decidió primeramente que se debía conservar el texto más conforme con la intención del legislador (ATF 65, I, 334). Más tarde, a partir de 1943 y 1944, al tener que aplicar el nuevo Código penal federal, la Corte de Casación federal ha precisado y aplicado, en el sentido moderno anteriormente resumido, las reglas de interpretación sobre las que ha debido pronunciarse muy a menudo.

a) La jurisdicción federal ha precisado que lo que importa es el determinar el sentido *correcto*, el sentido *justo* del texto legal, y que las reglas de la interpretación son las mismas en Derecho penal que en los otros dominios del Derecho, a menos de prescripción legal contraria y siempre que se respete al artículo fundamental del Código penal que prohíbe castigar un acto que no esté expresamente previsto por la ley. El poder del juez no está limitado más que por el respeto al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Habiendo respetado esta disposición fundamental nada impide que el juez «interprete la ley según su sentido original»; toda interpretación que corresponda con el sentido de la ley es admisible. El juez puede, y aun debe, recurrir a una interpretación extensiva; es decir, dar a un texto un alcance que no parece tener en un primer momento, cada vez que lo exija su sentido verdadero y que sea necesaria para alcanzar el fin propugnado por el legislador: la interpretación extensiva, o más exactamente, que concede todo su campo de aplicación a la ley, no está excluida ni aun en Derecho penal, desde el momento en que no va más allá de la ley. Las definiciones voluntariamente amplias del Código penal federal permiten precisamente, mucho mejor que las fórmulas estrechas de los Códigos clásicos, tal interpretación sana y correspondiente a la intención real del legislador. Puede suceder, evidentemente, que el *limite* entre la interpretación extensiva y el método analógico sea difícil de trazar: al juez toca el mostrarse prudente si quiere evitar la casación por la jurisdicción federal, encargada de velar por el respeto de la ley (ATF 71, I, 3; 72, IV, 101).

b) La Corte de Casación federal ha reconocido que en el caso

de *divergencia* entre los textos redactados en las tres lenguas nacionales no es en el texto más favorable, sino en el texto justo en el que la ley está contenida; así, por ejemplo, en el caso de divergencia sobre las condiciones de la seducción del artículo 196 del Código penal y sobre la violación de una obligación de alimentos que re refiera al cónyuge divorciado que no pueda contarse entre los "parientes" del artículo 219. Si un acto es punible en virtud del texto que parece debe hacer ley, la Corte federal ha precisado que, aunque no lo fuese en virtud del texto redactado en otra lengua, la aplicación del texto que debe hacer ley no es contraria al principio de la legalidad consagrada en el artículo 1.º del Código penal. Y el hecho de que el delincuente no hubiese tenido conocimiento de este texto y hubiese creído—fundándose en otra versión—que su acto no era punible, esto no tiene importancia para su castigo; no tiene mayor importancia que la ignorancia de la misma ley, que no impide que el autor sea castigado, pero no la tiene más que con respecto a la *culpabilidad*, siendo desde este punto de vista desde donde podrá enfocarlo el juez (ATF 69, IV, 178; 70, IV, 81; 71, IV, 38).

c) Por lo que respecta a los *casos ordinarios* de interpretación de un texto incontestable en su forma, pero dudoso en su sentido, la Corte de Casación federal no ha dudado en admitir las interpretaciones claramente extensivas y aun analógicas. Ha reconocido, por ejemplo, que la disposición que prevé la posibilidad de exención de toda pena cuando el injuriado contesta inmediatamente a la injuria por medio de otra injuria o por vías de hecho (artículo, 177, al. 3, CP), es también aplicable, aunque la ley haya omitido el decirlo, cuando el acto que venga o del cual se venga el delincuente consistiese no en una injuria, sino en vías de hecho en el sentido del artículo 126 del Código penal (ATF 72, IV, 20). Además, ha reconocido que aquel que a sabiendas ayuda a alguien a gastar el dinero proveniente de una infracción, en viajes o en albergues, cae bajo el peso de la disposición que castiga el encubrimiento (art. 144, CP), por el hecho de que «ayuda a negociar» o dar salida (*absetzen*) a una cosa de la que conocía, o debía presumir, el origen delictivo (ATF 69, IV, 71). La interpretación de la Corte federal suprema ha sido todavía mucho más amplia en la adopción de ciertos casos de interrupción de la prescripción, que se consideran como que dispensan del artículo 72, CP (ATF 69, IV, 156; 71, IV, 233), efectuada por una asimilación muy audaz y cuestionable, que tendía visiblemente a corregir una disposición legal demasiado estrecha, que ha habido necesidad de modificar y ampliar expresamente después en el proyecto de *revisión* actualmente sometido por el Consejo federal a las Cámaras federales, según mensaje del 20 de junio de 1949⁴².

42. Véase GRAVEN, *Chronique suisse*, VIII, *La révision partielle du Code pénal suisse*, en la «Revue Internationale de Droit Pénal», París, 1949, núm. 3-4, página 495.

En oposición a esto, la jurisdicción federal ha decidido que si bien nadie puede ser «condenado», en virtud del principio de la legalidad inscrito en el artículo 1.º del Código penal, por un acto cuyo carácter punible no se deduce de los términos de la ley, sin embargo, la cuestión inversa es posible, el juez puede *eximir* de su pena al autor que debería ser castigado según la letra de la ley si las circunstancias lo justificasen. Esta es la razón por la cual los actos contrarios al pudor que un niño menor de dieciséis años cometa con otro de la misma edad, en especial hermano o hermana, no caen dentro del ámbito del Código penal y no serán castigados más que si denotan una mentalidad criminal, lo que no sucede en este caso, ya que se trata de actos reprobables a los cuales se han abandonado dos niños igualmente responsables y en los que ninguno ha sido la víctima del otro (ATF 69. IV. 174).

III. El método de interpretación.

Si la interpretación es lícita y viene así definida, ¿cómo debe ejercerse? No nos pararemos en los principios generales de la interpretación en sí misma, que todos los autores desde Geny a Pange y Gégout han desarrollado⁴³; no examinaremos más que su aplicación.

1) Primeramente, debe fundarse sobre la ley misma, y cuando esté clara, el juez debe aplicarla sin restricción, aun cuando estime que existan buenas razones para restringir el texto (ATF 69, IV, 10 y 180; 71, IV, 155). Se tratará de aclararla por el análisis de su texto, por su comparación con los principios generales y con las otras disposiciones de la misma naturaleza, imaginándose el fin que se proponía el legislador y recurriendo a todos los datos del razonamiento.

2) Si la ley no está clara y no puede aclararse de esta manera; es decir, gracias a la interpretación literal y lógica de su disposición, se podrá recurrir a la interpretación histórica; es decir, a los *trabajos preparatorios* de la ley; se tratará, por medio del estudio de los proyectos, de los mensajes y de la exposición de motivos, de las actas de las deliberaciones de los técnicos y de las comisiones, del boletín taquigráfico de la Asamblea legislativa, de determinar el sentido más probable o, en caso de conflicto

43. Véase sobre todo la obra tan citada de GENY, *Méthode d'interprétation et source de droit privé positif*, París, 1919, dos vols. En Suiza este tema ha sido tratado y agotado por los estudios reunidos por el Profesor GERMANN en sus *Méthodische Grundfragen*, Basilea, 1946. En Francia, consúltense especialmente los artículos de J. MAGNOL, *Portée de la méthode dite restrictive de l'interprétation des lois pénales*, y de COSTE-FLORET, *L'interprétation des lois pénales*, en la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé», 1936, pág. 231, y 1937, pág. 4. En España se puede consultar con provecho la síntesis ampliamente documentada del Profesor CUELLO CALÓN en su *Derecho penal*, tomo I, capítulo XII, pág. 182.

entre los textos, el sentido más probablemente justo y conforme con la voluntad de legislador.

Nuestros Tribunales suizos, y el mismo Tribunal federal, consultan frecuentemente los trabajos preparatorios, pero lo hacen menos veces para interpretar la ley que para encontrar una *confirmación*, una justificación y motivos de apoyo para sus decisiones, y para sentar sólidamente la jurisprudencia, lo que es muy natural, sobre todo desde la introducción de un Derecho enteramente nuevo. Ejemplo de esto son las sentencias del Tribunal federal sobre el alcance del artículo 59 del Código penal que trata de la devolución al Estado de los beneficios y donaciones que hubiesen servido o debieran servir para decidir o recompensar al autor de una infracción (ATF 72, IV, p. 101), o también sobre la prohibición de castigar la simple prostitución (ATF 68, IV, p. 40). El profesor Clerc lo ha hecho destacar y lo ha demostrado en un estudio sobre este aspecto ⁴⁴.

Por lo que respecta a la *interpretación*, solamente en el caso de que el sentido de la ley permanezca *dudoso*, a pesar de los procedimientos de interpretación ordinarios del texto mismo, podrán servir para determinarlo los «materiales legislativos» (ATF 69, IV, p. 10; 70, IV, p. 175). La interpretación histórica no debe ser más que subsidiaria. El Tribunal federal ha recurrido a ella más de una vez, como ejemplo para determinar si la «denuncia» prevista en el artículo 28 del Código penal es una simple condición formal de la persecución o, por el contrario, una condición fundamental de la punibilidad misma del acto determinado por la ley (ATF 69, IV, p. 69). Además, hace falta recurrir a ella con cierta prudencia, a título indicativo no imperativo; ya que los datos de la preparación legal no están siempre perfectamente claros o no son decisivos. No se debe olvidar en la interpretación del Código penal suizo, pues su primer proyecto data de 1893-1894, que las ideas morales y sociales, las doctrinas jurídicas y políticas, van evolucionando durante el transcurso de las discusiones y deliberaciones y que hasta su adopción definitiva la intención real del legislador no aparece en todos los casos, que puede aparecer variable y aun contradictoria y que sucede que incluso el texto que aparece como texto principal (como el texto alemán del artículo 196, CP), consagra un sentido diferente del que ciertamente pretendía darle el legislador (ATF 70, IV, p. 81).

La práctica reciente de la Corte de casación federal ha mostrado qué peligrosa y qué poco segura podía ser la interpretación histórica: en efecto, la Corte federal había fundado principalmente sobre ella su jurisprudencia afirmando, en oposición a diversas decisiones cantonales, que el legislador, al elaborar el artículo 119 del Código penal, no había querido castigar como delito imposible la tentativa del aborto practicada en una mujer no encinta

44. *Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale*, en la «Revue Pénale Suisse», 1949, pág. 1.

(ATF 70, IV, 9 y 152). interpretación que había sido rechazada con muy buenos argumentos por la doctrina⁴⁵. Pero, en 1948, el Tribunal federal ha tenido que revocar su jurisprudencia después de un nuevo y profundo examen del conjunto de la cuestión y declarar punible según los términos de la Ley (art. 23) y conforme a la voluntad real del legislador (pese al empleo de las palabras «persona encinta» en los artículos 118 y 119 CP, fuente de las dificultades y de las controversias), al tercero que ejecute maniobras abortivas en una persona no encinta (ATF 74, IV, 65).

Este ejemplo de independencia y de libertad de espíritu, de *búsqueda serena y honesta de la solución más conforme con el ideal del derecho y de la legalidad* que el legislador ha pretendido consagrar por definición, nos parece, a punto ya de terminar nuestro trabajo, resumir todo el esfuerzo de nuestras jurisdicciones. Mejor que todas las consideraciones y conclusiones ampliamente desarrolladas, nos parece que los hechos que acabamos de citar indicarán dentro de qué espíritu superior de justicia se ha esforzado nuestro país, fiel a su tradición jurídica y política humana, liberal, respetuosa del derecho de cada uno y de la personalidad de todos, por resolver, por medio de aquellos que él llama para crear sus leyes y para aplicarlas, los difíciles problemas que aparecen en la base de todo sistema represivo, y cómo ha pretendido demostrar que, contra todas las tendencias contrarias que asaltan nuestro mundo en desorden, todavía existe un «Estado fundado sobre el Derecho».

RÉSUMÉ

Depuis plusieurs années, l'opposition des criminalistes sur la portée de la loi pénale est entrée dans un stade aigu. La raison doit en être cherchée avant tout dans la différence de conception qu'on se fait du droit même, de sa signification, des ses buts, et du respect qui lui est dû.

Pour la tradition juridique occidentale et chrétienne, le droit—en particulier le droit pénal—supérieur à l'homme, permanent, intangible, s'impose à tous, et naturellement aussi au législateur et au juge. Il tend à faire régner la justice morale, dans le respect, par l'Etat et ses organes, des normes qui l'obligent lui-même, et des libertés légitimes de l'individu.

Pour le droit de caractère politique et de tendance positiviste, tel qu'on l'a vu se développer entre les deux guerres mondiales, dans la

45. Véase en particular el trabajo del Profesor O. A. GERMANN, *Die Rechtsprechung über den Versuch nach Schweizer Strafrechtsgesetzbuch*, y el de FR. COMTESE, *Juristische Betrachtungen zum Abtreibungsversuch*, en la «Revue Pénale Suisse». 1946, fasc. 60, pág. 1, y 61, pág. 213 (volumen de homenaje al Profesor Hafter).

conception étatique ou "totalitaire", les intérêts de l'État ou de la collectivité priment ceux de l'individu; la législation et la justice pénales sont un instrument ayant simplement pour but d'assurer la défense sociale, le régime ou les intérêts reconnus les plus dignes de protection par l'État.

La "crise aiguë" s'étant apaisée, il est possible aujourd'hui de "faire le point" de cet antagonisme et de cette évolution, qui se marque essentiellement dans les trois principes de la légalité ou de la création analogique du droit pénal, et dans celui de l'interprétation de la loi pénale et sa mesure. La confrontation des principes généraux avec l'application qu'en a fait le droit suisse peut être intéressante et dégager une leçon utile.

1) Tous les codes pénaux classiques des pays de droit écrit sont fondés sur le principe strict de la légalité des délits et des peines, par réaction contre le système ancien de l'arbitraire. Le juge est lié à la loi, catalogue exhaustif des incriminations et de leur sanction (peine ou mesure). C'est aussi le principe fondamental du code pénal suisse. Il doit assurer la sécurité du droit et garantir les citoyens. Le principe ainsi compris—qui suppose nécessairement un code complet et un droit ayant abouti à son développement normal, ce qui n'est pas le cas du droit international—ne permet ni d'appliquer rétroactivement la loi pénale, sauf si elle est plus favorable à l'inculpé, ni de qualifier les faits autrement qu'ils ne le sont dans la loi, ni évidemment d'incriminer et de punir par analogie des faits non prévus par la loi.

2) L'analogie semble pourtant avoir son utilité, puisque la loi ne peut tout prévoir et régler. Si le droit classique, fidèle à ses principes, la répudie sous toutes ses formes, certaines législations au contraire l'admettent, pour "combler les lacunes de la loi". Elles peuvent le faire sous la forme de l'"analogie technique" (comme au Danemark), afin d'assurer une justice aussi parfaite que possible, ou sous la forme de l'analogie dite "politique" (pratiquée par le régime soviétique et la législation national-socialiste allemande), afin d'assurer une défense étatique et sociale et une répression aussi serrées que possible.

Le principe en est apparu comme dangereux et a été contesté par la majorité de la doctrine et des pays. Les insuffisances de la loi doivent être corrigées par le législateur même, et non par le juge. Et, pour que la loi ne risque pas d'être à tout instant dépassée par l'évolution du droit et des circonstances auxquelles il doit s'appliquer, il convient d'abandonner les dispositions étroites des anciens codes, et de les remplacer par des dispositions formulées en termes assez généraux pour que la jurisprudence puisse s'adapter aux nécessités sociales. C'est précisément le système du code pénal suisse, protégé et maintenu par la juridiction stricte de la Cour de cassation fédérale.

3) Mais si l'analogie, qui sort du cadre de la loi, n'est pas admise, convient-il d'admettre l'interprétation dans le cadre de la loi? Si

l'interprétation dite "analogique", souvent très proche de la création analogique du droit, est discutable, le système large des définitions légales modernes suppose au contraire l'interprétation proprement dite, qui doit leur donner leur sens véritable et tout leur sens. L'ancien principe de l'interdiction de toute interprétation, qui devait lier strictement le juge à la loi par méfiance envers ses anciens pouvoirs excessifs, n'est plus défendable. Et le principe classique, selon lequel, en matière pénale, l'interprétation doit toujours être étroite et restrictive, n'est plus conforme à l'esprit et aux exigences d'un droit moderne, tel que le droit suisse, où la difficulté est du reste accrue par la coexistence d'un texte legal dans trois langues officielles différentes, mais ayant même valeur. Dans un tel système, la jurisprudence de la Cour fédérale a confirmé que l'interprétation de la loi est non seulement légitime et nécessaire, mais qu'elle peut être large, c'est-à-dire, donner au texte légal tout son champ, pour qu'il atteigne le but visé par le législateur. Ce qui importe c'est de trouver le sens juste, correct, de la loi, par les méthodes habituelles de l'interprétation littérale et logique du texte légal même, tout d'abord, et au besoin par l'interprétation historique, soit la consultation des matériaux législatifs. C'est au juge—et à l'autorité suprême de cassation, s'il y faillit—à veiller que cette interprétation ne dépasse pas le cadre de la loi et ne tombe pas dans l'analogie.

Le système suisse et son application, telle qu'elle ressort des exemples cités, démontrent, en conclusion, le souci de la recherche de la justice et de la légalité dans un esprit de loyauté et de sérénité, de manière à assurer une répression juste et individuellement nuancée, tout en respectant les règles dont s'honore un "État fondé sur le droit".

SUMMARY

Since several years ago the opposition among the criminalists about the reach of the Penal Law has entered an acute state. The reason must be searched principally in the difference of conception that we have of the Law itself, of its signification, of its ends and of the respect that we owe it.

For the western, christian juridical tradition, the Law—principally the Penal Law—superior to man, permanent, intangible, imposes itself upon everybody and naturally upon the legislator and the judge too. It trends towards making the moral Justice rule everywhere in the respect by the State and by its organs of the norms which oblige itself and in the respect of the individual legitimate liberties.

For the Law of political character and of positivist tendency, like the one we have seen grow between the two World Wars, in the "totalitarian" conception or the one of the State, the interest of the State surpass those of the man; Penal Legislation and Law are only instru-

ments with the purpose of assuring the Social defense, the regime or the interests which the State thinks more worthy of protection.

The "acute crisis" having been settled, it is possible today to study this antagonism and this evolution, which is to be seen principally in the three principles of legality, of the analogical creation of Penal Law and in that of the interpretation of the Penal Law and of its measure. The confrontation of the general principles with their application, as done by the Swiss Law, can be very interesting and supply us with a very useful lesson.

1. All the classical Penal Codes of the countries with a written Law are founded on the strict principle of the legality of crimes and penalties, as a reaction against the ancient system of the despotism. The judge is bound to the Law, that exhaustive catalogue of incriminations and their sanctions (penalty or measure). It is too, the fundamental principle of the Swiss Penal Code. It must assure the security of the Law and guarantee the citizens. The principle thus understood, which supposes necessarily a complete Code and Law that has arrived to its normal development, which is not the case of International Law, does not allow to apply the Penal Law retroactively, except when it is more favourable for the accused, nor to qualify the facts in a different form as they have been in the Law, nor, certainly to incriminate and to punish by analogy facts that the Law has not foreseen.

2. Analogy seems therefore to have its utility, as the Law is not able to foresee and to regulate everything. Even if the classical Law, loyal to its principles, rejects it in all its forms, some other legislations do accept it to "fill gaps of the Law". They can do it under the form of "technical analogy" (as in Denmark), to assure a justice as perfect as possible, or under the form of the so called "political analogy" (used by the Soviet régime and the German National-socialist legislation), to assure a social defense, and of the State too, and a repression as closed as possible.

The principle seemed dangerous and has been rejected by the greatest part of the doctrine and of the countries. The deficiencies of the Law must be corrected by the legislator himself and not by the judge. And to avoid that the Justice could be surpassed by the evolution of the Law and of the circumstances to which it should be applied, it is advisable to abandon the narrow dispositions of the ancient Codes and to replace them by dispositions expressed in such general terms that the Jurisprudence can adopt itself to the social necessities. That is exactly the system of the Swiss Penal Code, which is protected and supported by the strict jurisdiction of the Federal Court of Abrogations (Cour de cassation fédérale).

3. But if analogy, which surpasses the limits of the Law, is not admitted, is it advisable to admit the interpretation within the limits of the Law? Even if the so called "analogical" interpretation, that is very often too similar to the analogical creation of the Law, is debatable, the ample system of modern legal definitions represents the

real interpretation, that must give them their real and complete meaning. The ancient principle of interdiction of every interpretation, which should strictly bind the judge to the Law, mistrusting his past excessive powers, cannot be maintained any longer. Besides the classical principle, according to which the interpretation in Penal matters must always be narrow and restrictive, does not accomodate itself anymore to the spirit and the exigences of a modern Law, as the Swiss one, in which the difficulty, is still greater due to the coexistence of a legal text in three different languages, but which have the same value. The jurisprudence of the Federal Court has confirmed that in such a system the interpretation of the Law is not only legitimate but necessary, but that it can be ample, i. e. that it can give all its ground to the legal text, in order to attain the end that the legislator intended. What really matters is to find out the correct, exact meaning of the Law, first through the customary methodes of literal and logical interpretation of the legal text, and if necessary, through the historical interpretation or the consultation of the legislative materials. It is the task of the judge — and of the supreme authority of abrogation when the judge fails — to watch that the interpretation does not surpass the limits of the Law and that it does not become analogy.

The Swiss system and its application, as it can be seen through these examples, finally prove its preoccupation with the search of the justice and the legality with a spirit of loyalty and serenity, in order to assure a lawful and individually applied repression, always respecting the norms which honour a "State established on the Law".