UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO

Reflexiones sobre el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"

TESIS

Para optar el grado de Bachiller en Derecho

AUTOR

Raimundo Prado Redondez

Lima - Perú

1964

H7018

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FACULTAD DE DERECHO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
BIBLIOTECA CENTRAL
Lima - Perú

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE"

T E S I S

DE BACHILLERATO

POR:

RAIMUNDO PRADO REDONDEZ

Lima, Mayo de 1964.

2036

X
45
.P842

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
BIBLIOTECA CENTRAL
Lima - Perú

"Todos aparentan haber llegado a sus opiniones por el desarrollo natural de una dialéctica fría, puramente y divinamente imparcial (diferentes en esto a los místicos de toda clase, que más honrados y plomizos que aquéllos, hablan de"inspiración"), mientras que defienden en el fondo una tesis anticipada, una idea súbita, una "inspiración", i, las más veces, un deseo íntimo que presentan de una manera abstracta , que pasan por la criba i que defienden con razones laboriosamente buscadas. Todos son abogados que no quieren pasar por tales".

FRIEDRICH NIETZSCHE : "MÁS ALLÁ DEL BIEN Y DEL MAL"

26.8.64.

ESQUEMA

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE".

Cuestiones Preliminares

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS TEORETICOS DEL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE".

A) EL PRINCIPIO LEGALISTA EN SU PRESENTIDAD.

I) Situación Previa: Determinación del Objeto Derecho y del Apotegma Legalista:

1.- Determinación de sus aspectos mediante el análisis fenomenológico.

2.- El derecho en relación con los demás objetos del mundo.

3.- Utilización de estos conceptos en el estudio del principio de la legalidad.

II) Aspecto Semántico del Principio de la Legalidad.

1.- Desde el punto de vista lingüístico.

2.- Desde el punto de vista lógico.

3.- Algunos conceptos relacionados con este principio:

a) los tipos penales y la tipicidad, b) la irretroactividad, c) la interpretación y d) la analogía.

III) Aspecto Fenoménico del Principio de la Legalidad.

1.- Su significación en la conducta del legislador.

2.- Su significación en la conducta de los jueces.

3.- Su significación en la conducta de los ciudadanos.

IV) Aspecto Vamlorativo del Principio de la Legalidad.

1.- Su sustrato valerativo.

2.- Su valor en sí mismo.

B) VISION HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.

I) Antecedentes:

1.- ¿ En el Derecho romano?

2.- En la historia inglesa y norteamericana.- Su influencia en los juristas de la época intermedia y en el pensamiento de la ilustración.- Antecedentes en algunas legislaciones anteriores a la Revolución Francesa.

II) Formulación Legislativa:

1.- En los textos legislativos de la Revolución Francesa.

2.- Su evolución ulterior.

SEGUNDA PARTE

ESTUDIOS ESTIMATIVOS DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

I) Valoración Política.

II) Valoración Científica.

III) Valoración Metodológica.

IV) Fundamentación Axiológica.

CONCLUSIONES:

A) Teóricas

B) Estimativas.

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
BIBLIOTECA CENTRAL
Lima - Perú

CUESTIONES PRELIMINARES

El centro de nuestra meditación, en el presente trabajo, es la regla jurídico-penal que, incorporada por la mayor parte de las legislaciones, establece la legalidad de los delitos y de las penas, y, cuya expresión latina, formulada originariamente por Paul Johann Anselm von Feuerbach, es "nulla poena sine lege poenali".

Diversas doctrinas han sido construídas en torno a este principio. De ellas destacan dos tendencias fundamentales: las que lo fundamentan, y en consecuencia hacen su apología, y las que lo impugnan.

Así, los pensadores franceses de la ilustración establecieron su fundamento político y proclamaron como una de las garantías de las libertades individuales frente al poder arbitrario del Estado. J.A. von Feuerbach sostuvo su validez científica, basada en la teoría de la coacción psíquica. Ernst von Beling destaca su importancia metodológica y señala su surgimiento como una exigencia positiva de la manera cómo deben estar estructuradas las leyes penales. El jurista argentino Carlos Cossio cree descubrir en este principio un "valor intrínseco de verdadera justicia" partiendo de una axiología pura" basada en el principio lógico de identidad. Sebastián Soler, siguiendo a von Beling, relieva, además de su valor como garantía de la libertad, su valor técnico; pero considera que por esta misma razón, la fórmula "nullum crimen, nulla poena sine lege" es inactual, carente de vitalidad, susceptible de ser desnaturalizada o burlada, y, propone su superación mediante la consagración legislativa del principio de tipicidad.

Los que lo impugnan, también se basan en diferentes orientaciones doctrinarias. Así, por ejemplo, Quintiliano Saldaña, partiendo de una concepción humanitarista y teleológica de la pena, considera que el apotegma legalista, en su forma actual, mantiene una reacción

ciega y fatal del juez ante el autor de un delito, y que en el sistema penal del futuro debe dejarse el culto jurídico de la ley, el "fetichismo de la ley", ya que ella debe ser sólo consejo para el juez y no mandato. El jurista italiano Francesco Carnelutti afirma que frente al principio"nullum crimen sine lege" está otro, en oposición, cuya fórmula es "nullum crimen sine poena", y que esta situación debe ser conciliada con la admisión del instituto de la analogía dentro de ciertos límites; sin embargo cree que es conveniente su permanencia, en especial en los pueblos latinos, con tal que su fundamento se establezca en la necesidad de guiar no al juez sino a los ciudadanos, es decir en la necesidad de formular legalmente ciertos casos típicos de la vida, de exigencia ética, que oriente la conducta de los hombres. Al respecto, es oportuno anotar, que este principio, el "nullum crimen sine poena", fué postulado por el Dr. Karl Schäfer, Director del Ministerio de Justicia del Tercer Reich, en su informe en calidad de miembro de la Comisión de Derecho penal, como una de las bases del "Nuevo Derecho Penal Nacional-Socialista"(1).

Hemos efectuado este breve y esquemático registro de algunas ideas que conforman algunas orientaciones doctrinarias sobre el apotegma legalista con dos objetivos fundamentales: primero, con la finalidad de utilizarlas como punto de partida en nuestro estudio y segundo, inferir de ellas las actitudes y métodos que hemos de seguir.

---

(1)Das kommende deutsche Strafrecht" (Allgemeiner Teil).
Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission.
Herausgeben von Dr. Franz Gürtner (Reichjustizminister)
8.- Nullum crimen sine poena. Schäfer (Ministerialdirektor).
Verlag Franz Vahlen, Berlin W9; August, 1935.

BIBLIOTECA CENTRAL
Lima - Perú

En lo referente al primer objetivo, es necesario esclarecer un presupuesto fundamental. Así como en la economía, previamente, se hace una escogitación delos recursos producidos o trabajo pretérito con la finalidad de utilizarlos en la producción de nuevas riquezas, así, es necesario también hacer una clasificación de las ideas anteriores para emplearlas en una nueva construcción teórica unitaria, coherente y estructural. Esta clasificación podemos realizarla desde dos puntos de vista : primero, por las actitudes que adoptamos frente a un objeto y segundo, por los diferentes aspectos que éste presenta.

De acuerdo al primer criterio, ante un objeto adoptamos fundamantalmente dos clases de actitudes: teoréticas y estimativas.

Mediante las actitudes teoréticas pretendemos obtener una visión objetiva de la realidad, es decir, tal como es. Constituye el afán de conocer las cosas y los fenómenos en sí mismos, en su pura existencialidad y esencialidad. Las ideas originadas por esta clase de actitudes constituye el conocimiento teórico que se caracteriza por carecer de contenido axiológico o ético, y sólo le interesa los valores lógicos veritacionales (de verdad o falsedad). Así, conocimiento teórico son las ciencias y la filosofía.

En cambio, mediante las actitudes estimativas hacemos una apreciación de los objetos, juzgamos su utilidad o inutilidad, su conveniencia o inconveniencia, y cuyo resultado son las ideas valorativas o normativas que forman el complejo mundo de las normas, de la técnica y de la política.

Ahora bien, existe,a su vez, la posibilidad de una actitud teórica, aunque más difícil que del mundo físico o natural, frente a este mundo fruto de la valoración. Prueba de esto, es la existencia de las ciencias sociales o culturales. Pero la dificultad

es evidente: la de construir un conocimiento objetivo, sin contenido valorativo, de un mundo eminentemente valorativo que tiene su génesis en las actitudes estimativas .

Si, de acuerdo al primer criterio juzgamos las ideas que de algunos autores hemos señalado, constatamos que son frutos de actitudes estimativas, porque en ellas predomina el contenido valorativo. Están referidas al aspecto utilitario del principio legalista.

En cuanto al segundo punto de vista, es evidente que todo objeto o fenómeno presenta múltiples aspectos. Más aún, si se trata de un fenómeno cultural, como el derecho, que está constituído por diversos sustratos: históricos, psíquicos, físicos y sociales.

Cada uno de estos aspectos son, a su vez, objeto de estudios especiales y el conjunto de las ideas referidas a cada uno de ellos forma el contenido de las diferentes ciencias particulares. Por esta razón hoy se habla de una ciencia formal del derecho, compuesta por las ideas que se refieren a su aspecto formal; de una historia del derecho, constituída por las dirigidas a su aspecto temporal; de una sociología jurídica, por las orientadas a su aspecto social. Esto implica, que para conocer un objeto en su integridad es necesaria una visión del conjunto, porque cada uno de los aspectos, de por sí, no pueden ofrecernos la imagen total del objeto a que aspiramos siempre en las ciencias de la cultura.

Desde este segundo punto de vista, los autores que hemos citado sólo se han ocupado de algunos aspectos, principalmente el histórico, del principio legalista. Carecen de una visión integral y de una distinción precisa de la diversidad de sus aspectos.

El análisis de las dos situaciones - actitudes que tomamos frente a un objeto y los aspectos en que éste se muestra, las que nos ha permitido clasificar las ideas en teoréticas y estimativas; y, formales, históricas, etc. - nos facilita también bosquejar el plan y el método que utilizamos en el estudio del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege". En efecto,de acuerdo a los criterios adoptados, el presente trabajo lo dividimos en dos partes.

En la primera, realizamos un estudio teorético de la máxima legalista, en la que pretendemos adoptar una actitud desligada, en los límites de nuestra posibilidad, de toda apreciación subjetiva, ética, ideológica, política y utópica. Iniciamos con un análisis fenomenológico de los estados de cosas tenidos por derecho y , en especial del principio legalista. Este análisis nos permite distinguir en él, fundamentalmente, los siguientes aspectos: semántico, fenoménico y valorativo; cada uno de los cuales los estudiamos en capítulos especiales. Luego, completamos con una visión histórica.

En la segunda parte efectuamos un estudio estimativo del apotegma legalista, es decir, juzgamos la utilidad, eficacia, conveniencia e inconveniencia, etc, que ha tenido y tiene, y puede tener este principio. Este estudio es efectuado desde los puntos de vista político, científico, metodológico y axiológico.

Somos conscientes de las dificultades que conlleva el estudio de un objeto social, sobre todo cuando se trata de ser objetivo, porque a las acciones y creaciones humanas siempre tendemos a valorarlas. Por esta razón no proclamamos que nuestro trabajo sea cándidamente pura; pero, por lo menos en la primera parte , sí es un intento por ser objetivo, es decir, teorético.

En el curso de nuestra exposición, tendremos siempre en cuenta la admonición de Nietzsche acerca de las opiniones que se autocalifican de "divinamente puras o imparciales" y que en el fondo son"tesis anticipadas".

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS TEORETICOS DEL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE".

"..... los conceptos jurídicos fundamentales (principios) son extraídos del proceso de la cultura, cuyo devenir nos suministra la historia, y cuya actual situación nos trasmite la experiencia".

Mayer, Max Ernst: Filosofía del Derecho
I- 2a; pg. 23.

"El concepto de forma y el concepto de cause son los dos polos en torno a los cuales gira nuestra comprensión del universo. Ambos son indispensables si nuestro pensamiento quiere llegar a establecer un orden universal firme . El primer paso consiste en organizar y clasificar con arreglo a determinadas formas, por clases y géneros, la variedad del ser que se ofrece a nuestra percepción inmediata. Pero al lado del problema del ser aparece - con la misma raigambre originaria y legitimidad que él - el problema del devenir. No basta en efecto, en comprender qué es el mundo; hay que saber también de dónde viene".

Cassirer, Ernst : Las Ciencias de la Cultura.
IV.- pg. 132.

A) EL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE" EN SU PRESENTIDAD.

Es un procedimiento general el de iniciar el estudio de un determinado objeto o problema con una visión histórica. Nosotros cometemos la herejía de no seguir este camino.

Creemos con Cassirer que "el primer paso (del pensamiento) consiste en organizar y clasificar con arreglo a determinadas formas, por clases y géneros la variedad del ser que se ofrece a nuestra percepción inmediata"(1). Primero nos preguntamos por el qué de las cosas, es decir, que nos enfrentamos con su pre - sentidad (en latín praesens, tis, de praesum, lo que está delante)(2), y luego, por el cómo han sido, cuáles han sido sus procesos.

Al responder la primera pregunta señalamos su esencia actual, la que se nos muestra en una determinada estructura formal. Esto significa que la visión histórica supone el conocimiento previo de la estructura formal del objeto, que es algo constante a través de la inexorable ley del devenir. Si no fuera así, tendríamos una teoría caótica del mundo y no existiría el cosmos(3). Esta estructura formal que presentan los objetos, nos permite identificarlos, incluso históricamente, como pertenecientes a determinadas formas o clases: religión, lenguaje, artes, derecho, etc.

Pero para tener una visión integral de un objeto no es suficiente solamente el conocimiento de su esencia o significación

---

(1) Cassirer: Las Ciencias de la Cultura: IV.- pg. 132.

(2) Nos permitimos utilizar esta licencia lingüística porque creemos que es la más expresiva que cualquier expresión lícita.

(3) "Cosmos"(en griego κόσμος) significa "Orden", "organización", "orden del universo".

actual. Es necesario también la comprensión de su dimensión histórica, la que hace posible determinar las causas que lo originaron y al mismo tiempo revela la diversidad y variabilidad de su contenido.

En consecuencia, la primera cuestión que tenemos que resolver es sobre la naturaleza del objeto derecho y del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" en su mostrarse en el presente. Para esto no es necesario partir de principios epriorís - ticos absolutos sino del análisis de las situaciones y experiencias inmediatas.

I.- SITUACION PREVIA ; DETERMINACIÓN DEL OBJETO DERECHO Y DEL APOTEGMA LEGALISTA .

1.- Determinación de sus aspectos mediante el análisis fenomenológico.
2.- El derecho en relación con los demás objetos del mundo.
3.- Utilización de estos conceptos en el estudio del principio legalista.

1.- Es un hecho evidente, descubierto por la filosofía fenomenológica, que los objetos del mundo sólo se dan en nuestra conciencia, y ésta es siempre conciencia de los objetos. Existen diversidad de objetos, cada uno de los cuales tiene un modo peculiar de mostrarse en la conciencia, y la vivencia correspondiente que tenemos de cada uno de ellos, se denomina acto(1).

Ahora bien, el derecho, en cuanto objeto, se encuentra significado en el acto jurídico(2), en el sentido fenomenológico de éstos términos. En efecto, si queremos conocer y determinar la naturaleza del derecho o de un elemento de él, tenemos que analizar el acto jurídico y, en particular, el acto en que este elemento se da, en nuestro caso, el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege".

---

(1) "La conciencia de un determinado objeto especial(vivencia), recibo el nombre de acto"(II.- pg. 32).

"Acto jurídico es aquél en que el derecho se constituye, es decir, un acto intencionalmente referido a éste. En el acto jurídico el derecho nos es dado"(II.- pgs. 39-40).

SCHREIER, FRITZ: Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho.

¿ Cómo se nos muestra el derecho en la conciencia?, ¿cuál o cuáles son sus significaciones?, ¿ cuáles son los aspectos en que se muestra?. Para responder a estas preguntas, las que constituyen cuestiones sobre la esencia del derecho, no necesitamos inferir de principios metafísicos sino, tenemos que partir de la descripción de las situaciones inmediatas, esto es, de la descripción del acto jurídico. Y no se trata de actos de invención del derecho por la conciencia sino del derecho existente, positivo, que se da en ella . Es decir, tenemos que descubrir el derecho mediante el análisis de los diferentes aspectos en que se presenta y, luego, realizar una labor de síntesis que nos permita verlo en su integridad.

En primer lugar el derecho se nos muestra como actos de expresión, oral o escritas, de determinada estructura formal que pertenece, gramaticalmente, a la de las llamadas "oraciones imperativas" o lógicamente, "proposiciones hipotéticas". Así, por ejemplo la expresión "nullum crimon, nulla poena sine lege".

Estas expresiones no se reducen a los signos o símbolos de que están constituídas. Estas expresan "algo". Las expresiones son sólo alegorías (en griego ἄλλο ἀγορεύει , "dice de otro") diría Martín Heidegger como lo dice refiriéndose a la obras de arte(3). Hay, pues, un plus en las expreciones que está constituída por las significaciones , que consisten en las referencias o asociaciones mentales que los signos de expresión nos producen de los objetos, nociones o acontecimientos, y, además, en la representación mental que tenemos de éstos.

---

(3) Heidegger, Martín : Arte y Poesía; pg. 33-34.
Fondo de Cultura Económica
México, 1958.

Y, ¿qué significan, es decir, a qué clase de objetos se refieren las expresiones jurídicas? . Las expresiones jurídicas se refieren a ciertos conceptos que, a su vez, significan di - rectivas, mandatos u órdenes, vale decir, indican, como señala Alf Ross, determinadas formas de comportamiento de los hombres, "a fin de que actúen de una cierta manera deseada"(4). He aquí el primer aspecto que descubrimos en el análisis del acto jurídico desde el punto de vista fenomenológico, a saber, el aspecto semántico del derecho .

Pero estas directivas o normas no se reducen al mundo de las significaciones como los objetos ideales. Ellas se realizan e integran la conducta humana. A esta realización e integración la denominamos el aspecto fenoménico del derecho. De este modo, pues, "la norma, como sostiene Cossio, integra la conducta de la que ella misma hace mención"(5).

Considerándolo desde otra perspectiva, el lado fenoménico, constituye también el aspecto fáctico del derecho. Por eso, cuando hablamos de la realidad jurídica nos referimos fundamental - mente a este aspecto; porque la realidad o facticidad, como dice Max Ernst Mayer "comprende la totalidad de todo cuanto es accesible a la experiencia"(6). También por esta razón muchos juristas sólo consideran a este aspecto como objeto propio de la Ciencia del derecho, porque se sostiene que la ciencia se ocupa de realidades.

---

(4) Ross, Alf : Sobre el Derecho y la Justicia.
II.- pg. 8

(5) Cossio, Carlos: Teoría de la Verdad Jurídica. Pg. 139.

(6) Mayer, Max Ernst: Filosofía del Derecho
I -b) pg. 17.

Además, se afirma que el derecho tiene un aspecto valorativo , el que se revela en forma evidente en su origen, en cuanto producto de las acciones estimativas del hombre. El derecho, juzgando desde este plano, surge como un instrumento social destinado a proteger determinadas situaciones sociales, existentes o hipotéticas, a las que la sociedad o ciertos sectores influyentes de la sociedad consideran como valiosas, convenientes o adecuadas a sus fines, como "las que deben ser"(7). Pero si lo examinamos independientemente de su origen, la situación se vuelve problemática. Así, según algunos autores como Kelsen, "al derecho en sí y de por sí, no le corresponde ningún valor político o ético", ya que es solamente un medio, "una técnica social"(8).

En resumen, en el derecho distinguimos los siguientes aspectos: un aspecto semántico, como directivas u órdenes que se presentan en expresiones, las que gramaticalmente se conoce con la denominación de "oraciones imperativas" o lógicamente, "proposiciones hipotéticas"; un aspecto fenoménico, como realización de estas directivas integrando la conducta social de los hombres; y un sustrato valorativo, en cuanto surge como un instrumento para proteger determinadas situaciones que se consideran convenientes o valiosas, pero que en sí - y en esto estamos de acuerdo con Kelsen - no tiene ningún valor ético, axiológico o político, y solamente tiene un valor instrumental o técnico. En conclusión podemos afirmar, que entendemos por derecho el conjunto de normas o directivas que indican e integran determinados tipos de con-

---

(7) Mayer : Ob. Cit. Cap. I, I.-2) pg. 68.

(8) Kelsen, Hans: La Teoría Pura del Derecho.
III, 14.-c) pg. 60.

ducta deseados, exigidos por el Estado y que tiene como finalidad proteger u obtener determinadas situaciones sociales.

2.- Hemos examinado el derecho, en los párrafos anteriores, en algunos de sus aspectos que en sí presenta. Ahora vamos a considerar en relación con los demás objetos del mundo.

De la complejidad de los objetos que constituyen el mundo en que vivimos, dos clases fundamentales distinguimos: objetos naturales y objetos culturales. Los primeros están constituídos por aquellos objetos que tienen una existencia indopendiente, y que no han sufrido ninguna acción transformadora del hombre. La segunda clase está formado por los frutos del trabajo, de la actividad creadora del hombre, como por ejemplo los instrumentos de trabajo, el lenguaje , la ciencia, las obras de arte, el derecho, etc. . A todos estos instrumentos, obras y, en general, a todo lo creado por el hombre, se denominan objetos culturales.

Pero aquí hemos considerado la "cultura" en su sentido adjetival , "cultural", como cualidad de determinada clase de objetos. La cultura, como sustantivo, tiene una significación mucho más amplia - aunque hay autores, como Recaséns Siches, que consideran solamente al resultado de la actividad humana, al producto(9) -, no sólo es lo creado por el hombre, su producto, sino que cultura es también el acto de la producción o creación misma. Muchos autores convienen en la amplitud de la significación de la expresión"cultura". Como ejemplos citemos las concep-

---

(9) "La cultura es la vida numana objetivada". "Es el espíritu objetivado por las obras humaas"
Recaséns Siches : Filosofía del Derecho. 4.- Pg. 104.

ciones de tres autores de diferentes tendencias filosóficas: Max Ernst Mayer, Ernst Cassirer y Jean Paul Sartre.

Mayer, partiendo del sentido etimológico de la palabra "cultura" (cultura en latín significa "cultivo"), la define como "el cultivo de un interés común y dela situación resultante, situación que está matizada con un acento de valor"....." comprende tanto la actividad de cultivar, como su resultado: la situación cultivada" (10). Y, en toda situación cultural encuentra las siguientes notas: a) que presenta un doble aspecto: facticio y normativo (realidad y valor), b) que ella implica perfeccionamiento, porque nace con la superación de realidades naturales, y que"su concepto exige que se la mire como una evolución constante en el sentido de valores cada vez más elevados" (Ob. cit., II.- pg. 81), y c) que la cultura constituye un poder crítico: "la cultura es un poder crítico, el poder crítico por excelencia .....si no lo fuese, podría deducirse del concepto de cultura, pues el cultivo de intereses separa y ordena valores, según el camino y finalidad seguidos"(II.- pg. 82); precisamente una de las formas que adopta este poder crítico son las normas de cultura, las que se convierten en jurídicas cuando el Estado los adopta y dota de coacción.

Para Cassirer, la cultura es un mundo de significaciones, un mundointersubjetivo: "en la cultura humana los sujetos se encuentran y se agrupan ..... en la actividad común". "Al desarrollar esta actividad conjunta, se réconocen los unos a los o - tros, adquieren la conciencia mutua de lo que son por medio de los diversos mundos de formas de que se compone la cultura"(Ob.

(10) Mayer: Ob. cit. ; pG. 75 y ss.

cit. III.- pg.90). Además en ella distingue las siguiente características : a) todo objeto cultural tiene sustratos reales (físicos, psíquicos y materiales), b)la cultura es antropocéntrica y antropomórfica porque son creados por el hombre y para el hombre y c) que consiste en símbolos que hay que interpretarlos.

Sartre afirma que "la cultura es la conciencia en evolución perpetua que el hombre toma de sí mismo y del mundo en que vive, trabaja y lucha". Pero considera también que "cultura es el producto del hombre en sociedad -de cualquier hombre en cualquier sociedad" (11).

Estas tres concepciones no son contradictorias ni excluyentes sino más bien complementarias. podemos sintetizarlos y dejar establecido:

a)Que la cultura es producto de la actividad consciente y creadora del hombre, pero al mismo tiempo también es la actividad misma.

b) Que es una realidad social, por ser un quehacer colectivo o producto del hombre en sociedad, y en consecuencia, como afirma Cassirer, un mundo intersubjetivo.

c) Que la cultura presenta dos aspectos: un aspecto fáctico, en cuanto se basa en ciertas realidades o se elaboran a partir de situaciones u objetos naturales; y un aspecto estimativo o valorativo, en cuanto quehacer humano orientado siempre a determinadas finalidades. Gracias a este elemento valorativo, todo hecho cultural o social conlleva la justificación o explicación de

---

(11) Sartre, Jean Paul: La Desmilitarización de la Cultura. Revista "Mundo Estudiantil"; pgs.25-28. Vol.16, No. 9-10, Praga 1962.

su propia existencia. Por esta razón, como anot a Kelsen, "todo hecho social tiem su autoexplicación (12), lo que no ocurre con los objetos naturales.

d) que la cultura está en contínua evolución o perfeccionamiento.

Ahora bien, en el derecho descubrimos las mismas características que hemos descrito de los objetos culturales y de la actividad cultural en general. Pues, el derecho es un instrumento social creado por el hombre en una determinada sociedad; presenta un aspecto fáctico enpuanto requiere de sustratos reales (de signos o símbolos y de elementos psíquicos); un aspecto valorativo, porque está orientado hacia la obtención o protección de situaciones sociales que se juzgan convenientes, valiosas; y, un aspecto cognoscitivo o "autoexplicativo", utilizando el lenguaje de Kelsen, porque "la norma jurídica, como dice Cossio, viene a resultar el conocimiento de sí misma con que la conducta se integra, una vez que este pensamiento sea explicitado objetivamente y luego conceptualizado"(13).

3.- En los párrafos anteriores hemos dado una visión esquemática de la naturaleza y los aspectos que presenta el derecho y de su relación con los demás objetos del mundo. De los resultados obtenidos, nos sería fácil inferir que el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", siendo un elemento de un conjunto, tiene los mismos aspectos, significaciones y relaciones que hemos descrito del derecho en general. Es decir, que presenta también los aspectos semiótico o semántico, fenoménico y

---

(12) Kelsen, Hans: Teoría Pura del Derecho. I, 3.- pg. 28.

(13) Cossio; Ob. cit. pg. 109.

un sustrato valorativo; y pertenece también al mundo de los objetos culturales, o sea, que es un instrumento social creado por el hombre, mediante el cual se protege o se ha querido proteger una determinada concepción política: la libertad individual.

Pero este procedimiento nos permite llegar solamente a conocimientos muy generales y probabilísticos, por ser un método deductivo aplicado a problemas sociales. Es necesario, pues, que los verifiquemos y analicemos en forma más amplia cada una de las situaciones particulares utilizando el esquema que nos ha proporcionado el análisis fenomenológico del acto jurídico.

II.- ASPECTO SEMANTICO DEL

PRINCIPIO LEGALISTA.

1.- Aspecto lingüístico.
2.- Aspecto lógico.
3.- Algunos conceptos relacionados con el principio legalista.

El análisis fenomenológico del acto jurídico, nos ha permitido determinar que el derecho consiste en significaciones, las que se manifiestan en expresiones, orales o escritas, que presentan una peculiar estructura formal. Esta situación es más obvio aún, cuando estudiamos en forma especial el acto en que se da el principio legalista; pues, en primer lugar, se nos presenta como actos de expresión en los textos legislativos de muchos países.

En consecuencia , nuestra tarea inmediata es la de descubrir su sentido, para cuyo fin es necesario establecer a qué categoría general de expresiones pertenece, la que, a su vez, supone una clasificación previa. Esta clasificación podemos efectuarla desde dos puntos de vista; lingüístico y lógico.

1.- El principio legalista desde el punto de vista lingüístico.

En la lingüística se distingue tres clases fundamentales de expresiones: asertóricas, expresivas y directivas.

a)Expresiones asertóricas, son aquéllas que tienen un signi-

ficado representativo; esto es, simbolizan o indican ciertas situaciones del mundo negándolas o afirmándolas. "Son las usadas para describir el mundo o para razonar acerca de él (ejemplo , la ciencia)" (Irving Copi: Introducción a la Lógica). Sólo esta clase de expresiones tienen valores veritacionales, en consecuencia pueden ser comprobadas o verificadas su verdad o falsedad.

b) Expresiones expresivas. Son aquéllas que carecen de significado representativo y expresan ciertas vivencias emotivo-volitivas. Utilizamos esta clase de expresiones cuando queremos dar expansión a nuestros sentimientos y emociones o para comunicarlos. Así por ejemplo las exclamaciones, la poesía, etc.

c)Expresiones directivas. Son las que carecen también de significado representativo y que son usadas para ejercer influencias. Están dirigidas a obtener resultados, a provocar una acción determinada. Son las que expresan mandatos u órdenes.

A esta clasificación lingüística corresponde también en cierto modo, como lo anota Ross(1), la clasificación gramatical de las oraciones en indicativas (afirmativas y negativas), interjectivas (exclamativas) e imperativas.

En forma general, las oraciones indicativas y las expresiones lingüísticas asertóricas coinciden. Ambas nos informan de determinadas situaciones. Ejemplos: "Pedro ha sido condenado a cuatro años de prisión", "el acusado no es un enfermo mental", etc. Nosotros podemos indagar sobre la verdad o falsedad de estas expresiones.

---

(1) Ross, Alf: Ob. cit. II.- pg. 8.

Pero,a veces, una expresión linglística con la apariencia gramatical de una oración en indicativo puede ser, en realidad,no una aserción , sino una directiva. Ejemplo: "Mañana sustentarás tu tesis". Esta expresión puede ser una aserción si es que se trata de una información de lo que va a ocurrir; pero también puede ser una directiva u orden, de que mañana "tiene que sustentar la tesis. En el primer caso, si ha ocurrido la sustentación, entonces la afirmación ha sido verdadera, y en caso contrario, falsa. En cambio,si fuese una directiva, en caso de haberse realizado, ha sido obedecida, y en caso contrario, infringida, y no cabe hablar de su verdad o falsedad, porque "una orden puede darse, una pregunta responderse y una exclamación proferirse, pero ninguna de ellas puede ser afirmedad o negada, ni se las puede juzgar como verdaderas o falsas"(2).

¿ A cuál de las tres clases de expresiones pertenecon aquéllas en que sé muestra el principio legalista?.

Para responder a esta pregunta, analicemos una expresión legislativa concreta en que aparece el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege". Para este efecto transcribimos las expresiones correspondientes del Código penal del Perú:

Art. 3o. "Nadie será condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no estuvieren calificados en la ley , de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles" (Nullum crimen sine lege).

---

(2) Copi, Irving: Introducción al Lógica. Pg. 20. EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1962.

Art. 2o. "Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni sufrir pena distindistinta de la que la ley señala, para la infracción juzgada" (Nulla poena sine lege).

La simple lectura nos da la impresión de que fueran aserciones u oraciones indicativas, porque parece que nos informaran de situaciones que no han de ocurrir (predicciones) dada ciertas condiciones: a) si el acto u omisión de una persona no está calificada en la ley como punible, no será castigado o condenado, b)si para una infracción juzgada no hay una pena sancionada por la ley, no será condenado y c)si para una infracción juzgada existe una pena señalada por la ley, no se condenará a una pena distinta.

Si fuera así, estas expresiones tendrían como finalidad suministrarnos conocimientos verificables de determinadas situaciones de la realidad.

Pero"las leyes, como dice Alf Ross (Ob. cit.), no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres .....; un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social"(3). En consecuencia, las expresiones que estamos estudiando, no pueden ser aserciones, son fundamentalmente directivas. Significa prohibiciones y exigencias referentes a las penas y los delitos y sobre la ley penal misma.

Así, en el art. 3o., distinguimos las siguientes prohibiciones y exigencias:

---

(3) Ross : Sobre el Derecho y la Justicia
II.- pgs. 8-9.

(a) Se prohibe la condenación o imposición de penas por actos u omisiones que no constituyan delito o "infracción punible" (nulla poena sine crimine). Esto significa que toda pena supone un delito; y, en consecuencia, constituye una limitación a la facultad punitiva del Estado sólo a las infracciones punibles.

Esta disposición sería ineficaz si no se sabe previamente qué actos constituyen infracciones punibles o delitos. No significaría ninguna limitación la simple declaración de este principio, porque el Estado, en forma arbitraria, podría considerar cualquier acto u omisión como delito. Por esta razón el legislados, en el mismo texto del art. 3o, ha establecido una segunda prohibición o exigencia implícita:

(b) No hay delito sin ley (si "no estuvieren calificados en la ley"). Este principio significa la prohibición de la existencia de los delitos extralegales (nullum crimen sine lege). Se prohibe al órgano jurisdiccional penal del Estado reputar como delito cualquier acción que no esté descrita en la ley penal como hipótesis de la punición . En su sentido positivo significa una exigencia al Estado de la "calificación" previa de los actos punibles. Exige que todo delito debe estar señalado en la ley. De este modo, la ley es la única fuente de los delitos.

Pero tampoco mediante estas dos disposiciones - "nulla poena sine crimine" y "nullum crimen sine lege" - se ha eliminado toda situación de indeterminación jurídico-penal, y por ende, la arbitrariedad punitiva del Estado, porque muy bien puede puede existir una ley penal previamente establecida, pero que califique en

forma muy vaga y equívoca y que permita comprender varias situaciones como infracciones punibles, dando lugar así a una situación indeterminada. Es pues necesario que las leyes penales estén estructuradas de un modo especial con la finalidad de superar o evitar esta situación de indeterminación en lo referente a los delitos. Esta exigencia,en cierta medida, también está establecida en el artículo que estamos estudiando.

(c) Exigencia sobre la ley penal misma. Se exige que las leyes penales deben calificar las infracciones punibles "de manera expresa e inequívoca"; esto es, que debe establecer los actos imputados como delitos en forma específica y taxativa, utilizando expresiones que tienen una significación precisa. Se prohibe , pues, el uso de las expresiones equívocas (del lat. aequus, semejante, igual, y vox,cis, voz, término, etc.), es decir, de aquéllas que tienen diferentes significaciones ó que sugieren varias interpretaciones.

El ilustre jurista alemán Ernst von Beling ha destacado y profundizado este aspecto. Afirma que la significación esencial del principio "nulla poena sine lege poenali" no es la legalización o legitimación de los delitos y de las penas, sino la exigencia del modo cómo debe estar estructurada la ley penal misma. La ley penal debe establecer los delitos en tipos, en estructuras cerradas, "come costituenti una enumerazione tassativa, un numerus clausus"(4).

De este modo la ley penal adquiere una característica especial: "constituye,como anota Soler, una serie limitada de defi-

---

(4) Beling, Ernst von: Il Significato del Principio "Nulla Poena sine Lege poenali.
Rev. Cit.

niciones cerradas de acción, ...un sistema discontinuo de ilicitudes"(5). Entre los actos ilícitos descritos existen las "zonas de reserva" o"de libertad", como lo denomina Mansini, las que determinan que haya una solución de continuidad - la que no se presenta en otras ramas del derecho - entre las diferentes figuras delictivas.

Esta exigencia , origina a su vez, una concepción especial del delito. Para que una acción sea considerada punible no sólo se requiere que sea antijurídica y culpable, sino que es necesario también que sea típica. De esta manera la tipicidad se constituye en un elemento esencial del delito. En efecto, "todo lo atípico para el jurista significa una acción no punible"(6).

Por esta significación, el principio "nullum crimen, nulla poena sinelege" constituye el fundamento mismo de los sistemas pena - les que lo han adoptado. Rige tanto el surgimiento mismo del derecho penal, puesto que obliga, tácitamente, a los legisladores a estructurar los delitos en figuras cerradas o tipos, y también a la actividad judicial, prohibiendo condenar los actos que no se adecúan a estos tipos o figuras delictivas. Esto significa, al mismo tiempo, la prohibición de la analogía en estos sistemas penales.

También por esta razón, el principio legalista, figura en la mayor parte de los textos constitucionales - así en el art. 57 de la Constitución del Perú, dentro del capítulo correspondiente a las garantías individuales - , es decir, por ser norma de normas; por

---

(5) Soler, Sebastián: La Formulación Actual del Principio "No hay delito sin ley previa" Fe en el Derecho y Otros Ensayos, pg. 283.

(6) Beling, Ernst von: La Doctrina del Delito Tipo. I.- pg. 5.

ser una norma que "regula el procedimiento en que es producida otra norma jurídica, y también, en diverso grado, el contenido de la norma a producirse (fundamento de validez)" (7).

Pasemos ahora a analizar las significaciones contenidas en el otro artículo que hemos citado. Hemos dicho que el principio legalista, en lo referente a las penas, está contenido en el art. 2o del C. P. . En esta disposición distinguimos los siguientes conceptos fundamentales:

(a) Se prohibe la existencia de penas extralegales (nulla poena sine lege). Esta prescrpción positivamente significa que la ley debe señalar en forma taxativa la clase de penas.

En cumplimiento de esta exigencia, en el art. 10 del mismo código , se establece que "las únicas penas y medidas de seguridad que puede imponerse son las de internamiento, penitenciaría, relegación, prisión , expatriación, multa e inhabilitación"; y en el art. 1o se explica que estas penas consisten en "la privación o restricción de derechos".

(b) En seguida distinguimos una exigencia implícita. A cada delito debe corresponder una pena determinada. No basta que la ley establezca las clases de penas. Es necesario que se señale la clase y el quantum de pena para cada figura delictiva.

(c) Como consecuencia lógica, se prohibe la imposición de una pena distinta, a una infracción determinada, que la señalada previamente por la ley.

En la mayor parte de las legislaciones, como también en la

---

(7) Kelsen, Hans: La Teoría Pura del Derecho.
V.-31, pg. 108.

nuestra, el principio legalista en lo referente a las penas ha perdido su carácter absoluto. La ley señala solamente el máximum y el mínimum de cada clase de penas, y también el máximum y el mínimum legal para cada figura delictiva. El juez tiene cierta libertad, dentro de los límites establecidos pos la ley, para determinar la pena para cada caso concreto.

Es pertinente preguntarnos ahora, ¿ quién o quiénes son los destinatarios de las exigencias y prohibiciones que significa el principio legalista?. En Manzini encontramos una respuesta a esta pregunta: "El principio nullum crimen, nulla poena sine lege está dirigido indistintamente a todos los jueces del Estado, y al mismo tiempo está dirigido también a los súbditos, en cuanto constituye a su favor un verdadero y propio derecho subjetivo de libertad, para el caso de violación del principio mismo". "Por eso, este principio vale tanto para los jueces ordinarios, como para los especiales y extraordinarios"(8).

En conclusión. El análisis semántico - desde el punto de vista lingüístico -nos ha permitido determinar que el principio legalista constituye una directiva, que en forma concreta, en los arts. 3o y 2o del C.P. tiene las siguientes significaciones, las que señalamos siguiendo un orden lógico:

(1)No hay penas para actos que no sean punibles (nulla poena sine crimine).

(2)No hay delitos sin ley previa(nullum crimen sine lege).

(3)No hay penas sin ley previa (nulla poena sine lege).

(4)La ley penal debe determinar los delitos de manera expresa

---

(8) Manzini, Vincenzo: Tratado de Dercho Penal. T.I; 2.-II, pg. 259.

e inequívoca . Esta exigencia,en cierta medida equivale a la estructuración de los delitos en tipos penales. Pues, la inequivocidad de las expresiones penales sólo se puede conseguir acuñando figuras delictivas de contornos precisos, pero no es exactamente igual a la formulación en estructuras cerradas o tipos. Por esta razón es necesario consignar, que este sentido enriquecido, la exigencia de que el legislador debe estructurar los delitos en tipos, a pesar de sus largos años de existencia desde que fué expuesto por von Beling en su obra "La Doctrina del Delito" en 1906, y de tener una influencia decisiva en los actos legislativos, aún no ha sido consagrado legislativamente.

(5) A cada delito debe corresponder una pena determinada.

(6) No se debe imponer pena distinta que la señalada por la ley.

En cuanto a los destinatarios , a nuestro modo de ver, el principio legalista está directamente dirigido a los jueces, implícitamente a los legisladores, e indirectamente a los ciudadanos. Para los primeros constituye una prohibición o limitación (non sine lege). Para los segundos significa una exigencia del modo cómo deben elaborarse las leyes penales. Para los ciudadanos y en especial para los delincuentes, es un medio de protección de la libertad individual.

2. <u>El principio legalista desde el punto de vista lógico o formal</u>.

Es evidente que los principios o normas que conforman el derecho son juicios expresados mediante proposiciones que presentan una singular estructura formal.

Sabemos que teniendo en cuenta la estructura formal de las proposiciones los juicios se clasifican en dos categorías generales: enunciativos y normativos.

Los juicios enunciativos equivalen a las significaciones de las expresiones lingüísticas asertóricas, y, en consecuencia, presentan las mismas características: tienen una significación representativa, nos informan o se refieren a ciertas situaciones del mundo y podemos determinar su verdad o falsedad. Esta clase de juicios se expresan mediante las proposiciones enunciativas.

La segunda clase de juicios, los normativos, equivalen a las expresiones lingüísticas directivas. Tienen como finalidad fundamental ejercer influencias en el comportamiento de los hombres. Se basan en la validez y en la eficacia y no en la verdad como los juicios enunciativos. Son expresados mediante proposiciones normativas. A esta clase pertenecen las proposiciones jurídicas.

Nuestro objetivo no es estudiar la estructura de las proposiciones jurídicas en general sino solamente la del principio legalista tal como aparece legislativamente en los arts. 3o y 2o del C. P., que para este fin reiteramos en transcribir:

> Art. 3o. "Nadie será condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no estuvieren calificados en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles".

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
BIBLIOTECA CENTRAL
LIMA - PERU

Art. 2o. "Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni sufrir pena distinta de la que la ley señala, para la infracción juzgada".

Kant estableció que " si abstraemos todo el contenido de un juicio en general y solamente atendemos a la pura forma del entendimiento, encontramos que la función del pensar en el juicio puede comprenderse bajo cuatro títulos que contienen respectivamente cada uno tres momentos. Pueden ser fácilmente representados en la siguiente tabla:

I) Cantidad: generales, particulares, singulares.

II) Cualidad: afirmativos, negativos, indefinidos.

III) Relación: categóricos, hipotéticos, disyuntivos.

IV) Modalidad: problemáticos, asertóricos, apodícticos"(12).

Si de acuerdo a este cuadro juzgamos las expresiones citadas en que aparece el principio legalista, constatamos:

1o) Desde el punto de vista de la cantidad adoptanla forma de los juicios universales o generales porque se refierennegativamente a toda una clase de situaciones: que todo aquél ("nadie") cuya acción no constituye delito no será condenado, y no se le impondrá pena alguna que no esté señalada en la ley para la infracción juzgada.

2o) Desde el punto de vista de la cualidad tienenla forma de los juicios negativos. Perosen negativosen el sentido de prohibiciones. Son prohibiciones dirigidas a todas aquellas personas que ejercen la jurisdicción penal. Estas proposiciones podríamos convertirlas en positivas o permisiones: 'el juez condenará a todo aquél cuya acción está determinada en la ley como infracciones

(12) Kant: Crítica de la Razón Pura; Cap.I.-II, parág.9.
Edit. Lozada, S.A. Buenos Aires 1943.

punibles e impondrá la pena determinad por ella.

3o) Desde el punto de vista de la relación presentan la misma estructura que los juicios hipotéticos porque expresan el enlace de dos juicios que tienen las funciones de condición o principio y consecuencia: 'Si una acción u omisión no está calificada en la ley como punible y no especificada la pena correspondiente, su autor no será condenado'.

Los juicios que la constituyen y están enlazados son los siguientes: (1o) 'Las acciones no calificadas en la ley ni especicadas las penas correspondientes no son punibles'. (2o) 'Los autores de acciones no punibles no son condenados'.

Estos juicios tienen un enlace específico. En el caso de las proposiciones propuestas está función desempeña la expresión "no será". Por esta expresión, a primera vista, tenemos la impresión de que fueran proposicones hipotéticas enunciativas, predicciones o informaciones de lo que ha de ocurrir cuando se cumplen las condiciones señaladas. Pero el estudio lingüístico nos ha revelado que son prohibiciones, y las prohibiciones no constituyen una enunciación.

Esta situación nos evidencia la diferencia radical que existe entre las proposiciones enunciativas y normativas. Las primeras se refieren a dos situaciones que están en la relación de causa a efecto; las segundas, a una situación establecida y un mandato que están en la relación de condición y consecuencia de responsabilidad. Aquéllas pertenecen al mundo del ser, éstas al mundo del deber ser.

Es interesante también señalar, que las proposiciones que estamos estudiando no se adecúan a la tesis de Kelsen de que "lo

antijurídico es la conducta determinada en la proposición jurídica como condición"(13),porque las condiciones en este caso no son descripciones de ilicitud (conducta antijurídica), sino que significan mandatos, exigencias que positivamente significan que todos los actos punibles y las penas correspondientes deben estar fijados en la ley. De este modo resulta, que tanto las condiciones como las consecuencias son mandatos.

Pero el mismo genial autor de la Teoría Pura del Derecho nos indica de que existen otro tipo de normas, las "normas secundarias, que estatuyen la conducta que evita la coacción"(Ob. cit. 14.-b), la responsabilidad. En efecto, el principio legalista, en su doble aspecto, pertenece a las normas secundarias, porque en sus significaciones más importantes establece negativamente la conducta que evita la coacción: " no se debe condenar los actos ni imponerse penas sino en los casos determinados por la ley". El juez que cumple con esta disposición no está sujeta a ninguna responsabilidad. Pero sí lo infringe estaría cometiendo una acción que sí está descrito como ilícito (condición antijurídica según Kelsen) y en consecuencia debe responder por este delito, que en nuestra legislación sería el prevaricato.

El hecho de que el principio legalista sea una norma secundaria en el lenguaje kelseniano, significa que constituye el fundamento lógico del sistema penal mismo que lo ha consagrado, de ahí que técnicamente debe figurar en los textos constitucionales.

---

(13) Kelsen: La Teoría Pura Del Derecho
III.-13, pg. 53.

4o) Desde el punto de la modalidad, García Máynez sostiene que las normas jurídicas son juicios apodícticos: "Precisamente porque estatuyen condicionalmente un deber, o conceden condicionalmente un derecho, los preceptos jurídicos son juicios apodícticos". "Su apodicticidad deriva del modo de la permisión o el obligamiento, es decir, de la índole necesaria de aquélla y de ésto" (14).

Esta aseveración también es cierta para la máxima legalista. Si bien es cierta que las condiciones son hipotéticas, pero una vez realizadas, se exige que necesariamente tiene que responderse. Dada las condiciones de que una determinada infracción que se juzga no está calificada en la ley, ni fijada la pena correspondiente, obligatoriamente no debe castigarse.

En síntesis, el estudio lógico nos ha permitido establecer que el principio legalista es fundamentalmente una prohibición de carácter general referida a todos los que ejercen la jurisdicción penal, y el fundamento lógico del sistema penal que lo ha adoptado.

---

(14) García Máynez, Eduardo: Lógica del Juicio jurídico.
Fondo de Cultura Económica.
México, 1955.

3.- Algunos conceptos relacionados con el principio legalista: a) Los tipos penales y la tipicidad, b)la irretroactividad, c) la interpretación y d) la analogía.

Los conceptos el tipo legal y la tipicidad, la irretroactividad, la interpretación y la analogía están estrechamente relacionados con el principio legalista. Incluso a alguno de éstos, así a los conceptos de tipo y de la prohibición de la analogía, se ha considerado como sus aspectos o significaciones. Por esta razón creemos conveniente explicar brevemente estos conceptos en relación con el principio "nullum crimen , nulla poena sine lege".

a) Los tipos penales y la tipicidad.

El tipo penal ha sido y es el concepto más controvertido en la doctrina jurídico-penal desde que fué expuesto por vez primera por el genial jurista alemán Ernst von Beling en su "Doctrina del Delito" en 1906 y perfeccionada por él mismo en su obra la "Doctrina del Delito Tipo" (Die Lehre von Tatbestand).

Para obtener una comprensión precisa, es necesario referirnos a sus antecedentes históricos. Indudablemente el concepto del tipo penal tiene su origen en la época de las luces, cuya idea fundamental era la de "hallar la delimitación - como dice Mezger - entre la sociedad y el individuo"(15), eliminar la situación de indeterminación jurídica, que hasta entonces había prevalecido, señalando en forma expresa y precisa las responsabilidades sobre todo penales. Pero esta idea no fué expresado en su plenitud en

---

(15) Mezger, Edmund: Derecho Penal
Parte General, parág. 6a
III, pg. 41.

los textos legales franceses, frutos de la Revolución, porque no se encontró una fórmula penal adecuada. En esta surge la figura del ilustre filósofo y jurista germano Paul Johann Anselm von Feuerbach, quien logra concretar tal objetivo gracias a su teoría general preventiva de la coacción psicológica expuesta en su famosa obra "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts" (Giesen 1801). Sostenía que la coacción de la conminación legal de la pena debe actuar en forma de intimidación sobre la colectividad, y para que tenga eficacia, los actos conminados deben ser delimitados legalmente con toda precisión; la ley penal debe señalar en figuras taxativas ("corpus delicti") los actos punibles. " Esta concepción - como afirma Mezger - lo convierte a Feuerbach en el creador de los tipos penales" (Ob. cit. 6a -II, pg. 41), y tuvo la suerte de concretarlos legislativamente cuando en 1804 fué encargado para elaborar un proyecto de código penal para la Baviera, proyecto que, ob - tenida la aprobación, se convirtió en el Código Penal de Baviera el 16 de mayo de 1813. Este texto legal, constituye la obra más importante de los tiempos modernos, la que ha ejercido la más grande influencia sobre los trabajos legislativos posteriores, "llegó a ser modelo de la legislación alemana del siglo XX"(16). Así tuvo una influencia decisiva en el Código Penal del Reich de 1871 (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 15 Mai 1871), que tiene particular importancia en la historia del tipo penal.

Este código, además de establecer en el parágrafo 2 el princi-

---

(16) Welzel, Hans: Derecho Penal.

pio "nulla poena sine lege" ("Una acción sólo puede ser castigada con una pena si esta pena estaba determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida"), en el capítulo IV, que trata de la causas de la exclusión o atenuación de la pena, está el famoso parág. 59, donde encontramos el vocablo "Tatbestand", a partir de cuya exégesis el jurista alemán Ernst von Beling ha construído la doctrina del tipo penal y de la tipicidad. En efecto, el parág. citado establece: "Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho (gesetzlicher Thatbestande) o elevan la punibilidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias" (Traducción Finzi- Núñez) (17).

Debemos advertir, que esta expresión "gesetzlicher Thatbestande" ha causado confusión en la lengua alemana misma como lo anota Beling y más aún al traducir a otras lenguas. Así al español se ha traducido como "tipo legal", "situación de hecho legal", "delito-tipo", etc.

Von Beling distingue tres conceptos perfectamente relacionados entre sí y con el principio legalista: (1) el tipo o la figura de delito (Delikstypen o Typus delicti), (2) el tipo o esquema rector(Tatbestand) y (3) la tipicidad (Tatbestandsmässigkeit).

(1) Los tipos o las figuras delictivas. Consisten en la definición o especificación legal de los actos que se consideran pu-

---

(17) S.G.B.; parág. 59: "Wenn Jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen".

nibles en estructuras cerradas . Esta labor la realiza el legislador, separando del vasto mundo antijurídicoaquellos actos que merecen una retribución pública.

Estas figuras o tipos delictivos se componen de una pluralidad de elementos, "los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstas a veces expressis verbis, a veces subintelligenda, para precisarse o completarse por interpretación" (Esquema de Derecho Penal, parág. 16. 2, pg.42). Estos elementos son de dos clases: externos u objetivos, internos o subjetivos. Los elementos externos caracterizan "el tipo de ilicitud" de cada caso, y los elementos internos, las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito.

En relación con el principio legalista, Beling considera que el sentido literal del "nulla poena sine poenali" parecería sólo la legitimación de la indeterminación jurídica, pero, agrega, que ésta no es su significado esencial e histórico. Sostiene que surgió como una exigencia de la ley penal misma, del modo cómo debe definir o delimitar los actos punibles. Como consecuencia, el derecho penal actual - parte especial del derecho penal (código penal) - se convierte en una especie de catálogo en el cual las figuras o tipos de delito se encuentran alineados. Es verdad que anteriormente también existían tipos, pero eran simples elemplos de comportamiento punible.

(2) <u>El tipo rector</u>. El concepto"tipo rector" ha sido frecuentemente confundido, sobre todo en la lengua española, con las figuras o tipos de delito.

A esta confusión , incluso para los alemanes, ha contribuído la equivocidad de la expresión alemana straf-gesetzlicher Tatbestand, traducido por Soler como "delito-tipo", que aparece en el parág. 59 del S.G.B.,por esta razón, Beling usa en su lugar el término Leitbild ("cuadro directivo", "esquema rector", etc.) o Typus regens a diferencia del Typus delicti.

Afirma el autor citado que la figura delictiva es una unidad, y ésta está dada por el hecho de que sus elementos están referidos a un cuadro conceptual. Este cuadro es el esquema o tipo rector para esta figura delictiva. Así, en el tipo delictivo "hurto", sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, se orientan hacia el esquema (Leitbild) "sustracción de una cosa mueble ajena". "Para que exista un hurto, es necesario que esa sustracción de una cosa mueble ajena, 1o se cometa; 2o que esté abarcado por el dolo del autor; y que además, 3o reúna el carácter típico suplementario "fin de apropiación" precisamente con respecto a la cosa ajena sustraída" (Doctrina del Delito-Tipo: II, pgs. 5-6).

De esta manera , el tipo rector es simplemente una categoría conceptual, sin contenido propio. Es un concepto abstracto al que se llega inductivamente a partir de la figura o figuras delictivas. Así, "matar a un hombre" rige a las diferentes figuras de homicidio, "inferir daño en el cuerpo o en la salud", a los diferentes tipos de lesiones, etc.

No hay que confundir, pues, el "tipo rector" o "delito tipo" con las figuras o tipos delictivos. Aquél constituye el esquema común para los diferentes elementos de las figuras autónomas delictivas. Podríamos decir nosotros, que los tipos rectores son, a su vez, tipos para los tipos o figuras delictivas.

(3) La tipicidad. Este término es también bastante equívoco. Para Beling, la "tipicidad"(Tatbestandsmässigkeit) consiste en la adecuación de un hecho al delito-tipo o esquema rector (Tatbestand). De este modo, la tipicidad se convierte en un elemento necesario, "característica externa", de las acciones punibles. Entonces, la acción punible "lo es sólo la acción típicamente antijurídica y culpable". En este sentido, la tipicidad es la realización objetiva del Leitbild, la realización de la "sustracción de la cosa mueble ajena, la realización de la"muerte de un hombre", etc. Siendo la tipicidad la adecuación a un esquema puramente descriptivo no significa la constatación de la antijuricidad o de la ilicitud, a pesar de que este esquema deriva de lo ilícito(de las figuras delictivas).La tipicidad sólo nos indica la clase de antijuricidad y no la existencia de ésta misma. "La adecuación al delito-tipo y la antijuricidad de una acción concurren , pues,como dos círculos secantes: hay acciones adecuadas al delito-tipo que no son antijurídicas (ejemplo: muerte de un hombre endefensa legítima) y acciones antijurídicas que no se adecúan al delito-tipo"(Esquema de Derecho Penal, 17. 3.-II).

De acuerdo a este concepto de Beling, no cabe hablar de elementos externos o internos (objetivos o subjetivos) de la tipicidad, porque no se trata de la subsunción de los hechos en las definiciones de los tipos delictivos, los que sí, en sí - en forma expresa o tácita - tienen elementos subjetivos o normativos y elementos objetivos, sino de la adecuación a un esquema puramente funcional.

Podríamos resumir los conceptos expuestos de la siguiente manera:

El principio "nulla poena sine lege poenali" ha originado la formulación legal de los actos punibles en "tipos o figuras delictivas"; pero, a su vez, en estos tipos delictivos se descubre inductivamente un cuadro o esquema conceptual común que es el Tatbestand o Leitbilder. La adecuación de los hechos a este esquema es la tipicidad (Tatbestandsmässigkeit) (18).

b) La irretroactividad.

La irretroactividad de la ley penal significa fundamentalmente que ella no rige para las situaciones existentes antes de su surgimiento, ni efectos para el pasado.

Las prohibiciones de la irretroactividad en general, en nuestro sistema legal, está consagrada constitucionalmente, en forma expresa, en el art. 25: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo".

Desde el punto de vista penal, la irretroactividad está estrechamente relacionado con la máxima legalista. Constatamos en forma implícita en el art. 3o del C. P. , en la exigencia de que las infracciones punibles estén calificadas en la ley "al tiempo de cometerse". Esto significa, pues, en forma general, la prohibición de la calificación ex post facto. Esto no quiere decir que la prohibición de la retraactividad sea sólo para el "nullum crimen sine lege" sino que lo es también para el "nulla poena sine lege", por la prescripción general del art. 25 de la Constitución.

Pero en el ámbito penal hay excepciones muy importantes a la

---

(18) Las ideas de Deling, que hemos expuesto resumidamente, se hallan en sus siguientes obras: "Esquema de Derecho Penal", "La Doctrina del Delito-Tipo" y en el artículo "Il Significato del Principio Nulla Poena Sine Lege Poenali".

irretroactividad. Se excluye la fuerza retroactiva de la ley penal sólo cuando se pretende usarla para fundamentar la incriminación o la agravación de la pena. En consecuencia está permitida la retroactividad benigna (arts. 7o -9o del C.P.).

Se señala como fundamentos de la irretroactividad de la ley penal la seguridad jurídica y la relatividad ética. De acuerdo al primer fundamento sería injusto que el silencio de la ley penal, que significaba libertad, es decir, que aquéllo que era permitido o lícito cuando se realizó, sea posterirormente considerado punible(19), o que agrave la pena establecida para un acto ilícito. En forma general, no tendría eficacia, si las leyes fueran retroactivas, las facultades establecidas por el art. 24 de la Constitución de que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe".

En cuanto al segundo fundamento, es incuestionable la relatividad ética. Cada sistema jurídico corresponde a un ideal ético determinado; y, no sería racional que los actos que no se consideraban inmorales y en consecuencia no prohibida por las leyes, sea estimada susceptible de responsabilidad por la ley posterior que lo califica como ilícito.

c) La interpretación.

El análisis lingüístico nos ha permitido constatar que el derecho, en cuanto normas expresadas en fórmulas lingüísticas, consiste en significaciones. Y las "significaciones como afirma Cassirer, son algo susceptible de repetición y de reiteración ; algo no adherido simplemente al aquí y al ahora, sino que se con-

---

(19) Hall, Jerome: El Principio de Legalidad. II.- pg. 815. Revista Cit.

sidera y se entiende como un algo igual a sí mismo , como un algo idéntico en innumerables momentos de la vida y en la apropiación y en el uso por parte de muchos ....., gracias a esta identidad existe una determinada "consistencia", un "cos - mos común" (20).Esto constituye para nosotros , el fundamento de la interpretación , pues, ésta no consiste sino en el descubrimiento, determinación o verificación del sentido de la norma a ejecutarse.

Y, ¿qué relación hay entre este concepto y la máxima legalista? .

La máxima legalista establece ciertas condiciones a la interpretación . Las leyes penales deben interpretarse restrictivamente; se debe atenerse al sentido claro y preciso de las expresiones en que aparecen las figuras delictivas. Esta restricción es una consecuencia, al menos en nuestra legislación , de la exigencia de que la ley penal debe tener un significado claro y unívoco (la ley debe calificar "de manera expresa e inequívoca" las "infracciones punibles", art. 3o del C.P.); y, en el caso de que exista ambigüedades en la ley, el juez debe escoger aquél sentido que es favorable al reo.

Pero la interpretación de la ley para aplicar a un caso concreto no consiste en una operación sencilla . Presenta muchos problemas. En primer lugar nos encontramos con las dificultades que conlleva la generalidad del sentido de las leyes. Estas no describen en forma detallada y minuciosa las acciones susceptibles de punición . Por esta razón, "el resultado de la interpretación (Feststellung), como sostiene Kelsen, sólo puede

---

(20) Cassirer: El Simbolismo del Lenguaje.
Ob. cit. pg. 28.

ser la significación del marco que representa la norma a interpretarse y, por tanto, el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro del marco. El que una sentencia judicial esté fundada en la ley no significa otra cosa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley representa; no significa que es la norma individual, sino una de las tantas que son posibles dentro del marco de la norma general". Agrega, que "la tarea de extraer de la ley la sentencia justa ....., es esencialmente la misma que crear dentro dentro del narco de la constitución las leyes justas" (Ob. cit. VI. 36. 37). En segundo lugar, se nos presenta el problema de la relatividad del proceso interpretativo, "en el sentido de que cambia y debe ser apreciado con relación al tiempo, los hechos, la oportunidad de la promulgación, y los ideales vigentes" (Hall: Trabajo cit.). Por esto en la interpretación no ha perdido su vigencia muchos conceptos del derecho consuetudinario. Muchas de las expresiones que se usan están referidos a un sentido tradicional e histórico.

Considerando estas circunstancias, la mayoría de los autores sostienen que es imposible eliminar del derecho penal la interpretación extensiva, así, por ejemplo, Solnar sostiene que su eliminación conduciría a una estrechez peligrosa para la protección de los bienes jurídicos (21). Al respecto, el mismo autor, señala un ejemplo muy interesante: "Si por ejemplo la jurisprudencia ha considerado un látigo o la sal arrojada a los ojos como un arma según los términos del parágrafo 82 del código penal austriaco, ella no sería correcto aplicando el sentido gramatical de la palabra "arma", pero ella (la jurisprudencia) da a esta

---

(21) Solnar, Vladimir: "Mantien ou Abandon de la Régle "Null Poena Sine Lege".
Revue de Droit Pénal et de Criminologie.
Dix-Septiéme Année.-No 7, Juillet 1937. Bruxelles.

palabra una comprensión más amplia y se llega así a la inter - pretación extensiva".

Lo que prescribe el principio legalista es, pues, "que toda interpretación dela ley esté comprendida dentro de los límites del tipo legal; es prohibida la ampliación del tipo, a través de la analogía o del derecho consetudinario"(Welzel :Ob.cit.pg. 28). Si el problema no consiste en la ampliación del tipo o la figura delictiva, entonces es permisible todas las reglas jurídicas comunes de interpretación.

Pero de inmediato suge otro problema. El problema de si la interpretación extensiva significa una ampliación del tipo y en qué se diferencia de la aplicación analógica de la ley penal.A nuestro modo de ver, la interpretación extensiva se mantiene dentro del"marco" que nos habla Kelsen,de las figuras délictivas, porque sólo se trata de ampliar el sentido de sus elementos no esenciales. En cambio, mediante la aplicación de la analogía el juez amplía el sentido del tipo aplicando a actos semejantes a los calificados por él.

d) La analogía .

La analogía, en su sentido general, es la relación de semejanza entre cosas distintas. No significa identidad. Así decimos que dos situaciones son análogas cuando se parecen o se asemejan en ciertas características que consideramos esenciales y no accidentales, y cuando "las similitudes se juzgan preponderantes sobre las diferencias" (Hall: El Principio de Legalidad).

En la práctica es muy difícil de establecer el grado de semejanza y desemejanza entre dos situaciones, hechos o sucesos.Por esta razón, como afirma el autor citado, "no hay límites que el método analógico no pueda alcanzar".

Ahora bien, sería absurdo afiramr que la ley penal prohibe la e-nalogía en el sentido de lo dicho. Pues esto equivldría a decir que la ley penal prohibe que las cosas, situaciones o hechos,ten-gan relación de semejanza.

Lo que se prohibe es la aplicación analógica de la ley penal y la formulación de los tipos analógicos o abiertos. Y esta pro-hibición está implícita en la regla "nullum crmen, mulla poena sine lege". Esto resulta de la exigencia que hace este principio de que los actos punibles deben estar catalogados en estructuras cerradas, "de manera expresa y inequívoca", de modo que exista un límite preciso entre las zonas de ilicitud y las zonas de li-bertad. En consecuencia se prohibe al juez "invadir" a las Zo-nas reservadas por la ley y al mismo tiempo se exige al legis - lador no dejar puertas que permitan la salida para la invasión. Si, por ejemplo, una situación como A se adecúa perfectamente en uja figura delictiva como F, y otra situación como B se asemeja a la A, la situación B no debe ser comprendida por la figura le-gal F.

III.- ASPECTO FENOMENICO DEL PRINCIPIO LEGALISTA.

Bajo este título queremos reflexionar sobre la norma legalista en cuanto significaciones que integran o se realizan en la conducta social de los hombres. Pues, como hemos dicho, el derecho no se reduce al mundo de las significaciones puras. La norma jurídica , en la vida real, por lo menos para algunos miembros de la sociedad, "viene a resultar, como afirma Cossio, el conocimiento de sí misma con que la conducta se integra, una vez que este pensamiento, sea explicitado objetivamente y luego conceptualizado". Por esta razón es necesario que consideremos las influencias que tiene las significaciones del principio legalista para cada clase de los destinatarios: legisladores, jueces, ciudadanos.

1.- Su significación en la conducta del legislador.

La máxima legalista tiene una influencia importante en la política legislativa. El legislador encuentra en ella ciertas exigencias a que tiene que atenerse. En primer lugar se encuentra con la exigencia de que tiene que usar un lenguaje especial en la formulación de los delitos. Pues, el legislador, como dice Soler, de la vida práctica, - y el derecho pertenece a ella - mediante palabras efectúa cortes, a veces bastante arbitrarios, en el fluir indeferenciado de la conducta; selecciona unas cuantas notas, y con ellas constituye un nombre; ese nombre con el cual selecciona datos y segmenta la conducta es el verbo, el nombre de la acción (Soler: Ob. cit. pg. 282). En efecto, el núcleo de la figura delictiva tiene que estar constituído por una acción expresada por un verbo limitado por varios complementos.

En segundo lugar, se encuentra con la exigencia de que tiene que tiene que señalar en forma precisa los contornos de las figuras delictivas; éstas deben constituír estructuras cerradas de acción.

De este modo, el legislador se siente constreñido por las exigencias del principio legalista, y esto revela "su función prejurídica condicionante de las legislaciones (técnica legislativa)"(1).

Pero no siempre ha sido efectiva la influencia de este principio. Se ha infringido y se infringe mediante definiciones generales o estableciendo tipos analógicos.

2.- Su significación en la conducta de los jueces.

Para el juez el principio legalista constituye un instrumento que facilita su labor. El juez penal no se halla obligado como el juez civil a administrar justicia cuando hay lagunas o insuficiencias en la ley penal. Si una acción determinada no se adecúa dentro del marco delas significaciones que representan las figuras delictivas, tiene que decretar la libertad de su autor. Pero esta labor de adecuación o subsunción de los hechos en los tipos delictivos, no obstante lo expuesto, es una operación compleja. Las figuras delictivas , como ya se ha dicho, sólo constituyen marcos significativos, y dentro de un marco determinado existe la posibilidad de incluir varias situaciones. Por esta razón, en la realidad, el juez mediante la sentencia, dentro del "marco", crea normas para los casos concretos.

3.- Su significación para los ciudadanos.

Decía Manzini que gracias al principio "nullum crimen, nulla

---

(1) Fontán Ballestra, Carlos: Derecho Penal, pg. 396.

poena sine lege", "los sujetos quedan legislativamente advertidos acerca de los límites de su libertad, y consiguientemente son colocados en situaciones de accionar, de un lado con seguridad; de otro, con el sentido de la propia responsabilidad" (Ob. cit. II.- pg. 258). Esta finalidad preventiva, en la realidad no es efectiva - sobre todo en los países de escasa cultura general y jurídica -, pues la mayor parte de las personas ignoran qué actos están permitidos y cuáles prohibidos. Sólo tiene cierta efectividad cuando estas permisiones y prohibiciones coinciden con los conceptos tradicionales de justicia y de ilicitud.

Esto no quiere decir que el principio legalista carezca de influencias positivas en la sociedad. Todo sujeto que ha cometido un hecho que según los conceptos o sentimientos dela colectividad sea injusto y culpable, si no está calificada en la ley como punible no es pasible de condena.

IV.- ASPECTO VALORATIVO DEL PRINCIPIO LEGALISTA.

Este es uno de los aspectos más discutidos y descutibles del principio legalista y del derecho en general.

En este capítulo no vamos a hacer un enjuiciamiento estimativo de este principio, sino solamente vamos a pretender constatar los conceptos o las situaciones - las que se consideran "valiosas" - que por este medio se protege o se quiere proteger, y al mismo tiempo el valor que en sí mismo presenta.

Es evidente que el derecho es un instrumento social por medio del cual se protege o se quiere proteger determinadas situaciones deseadas de diversos contenidos: económicos , políticos, sociales, etc. Estas situaciones queridas constituyen el sustrato valorativo del derecho. Pero, en cuanto medio, constituye en sí mismo solamente un valor instrumental.

Esto quiere decir que no existen valores jurídicos autónomos, que el derecho en sí no tiene ninguna finalidad. Lo que nosotros llamamos valores jurídicos son, pues, ciertos conceptos o situaciones sociales, económicas, políticas, etc.,consideradas como convenientes para la sociedad o ciertos sectores influyentes de la sociedad.

1.- Sustrato valorativo del principio legalista.

Para descubrir el sustrato valorativo del principio legalista tenemos que remontarnos a su génesis. En efecto, las raíces de este principio encontramos en las concepciones políticas de los filósofos de la ilustración , quienes , ante el absolutismo existente, sostenían que debía de existir una delimitación pre-

cisa de las responsabilidades del individuo y del Estado. Esta delimitación significaría que los ciudadanos conozcan de antemano los ámbitos de sus libertades individuales, y al mismo tiempo, la limitación del poder arbitrario del Estado. Se juzgó que esta situación sería la más justa , la más conveniente a las facultades humanas que en esencia es libertad. He aquí el sustrato valorativo del principio legalista: la concepción individualista de la libertad. Pero a este sustrato valorativo, que aparece en su génesis, no siempre se ha mantenido ligado su fórmula, porque las concepciones políticas que la sustentaban ha cambiado. Su permanencia, a pesar de ya no estar referido al mismo fundamento, puede obedecer a muchas causas. Puede radicar, a veces, en la simple inercia del legislador, en la supervaloración ideológica de una concepción política que ya no está vigente, o a que el principio ha adquirido otra valoración .

2.- <u>Su valor en sí mismo.</u>

El principio legalista no puede encerrar en sí mismo ningún otro valor sino el instrumental, técnico o metodológico. No otra cosa nos revela el hecho de que este principio haya sido mantenido o acogido por países de concepciones políticas diferentes como el fascismo italiano o actualmente el comunismo ruso.

Desempeña, pues, un papel importante en la técnica legislativa y en la técnica de la administración de la justicia. En el primer caso establece ciertos requisitos a que tiene que sujetarse el legislador, los que ya hemos señalado en los capítulos anteriores. En el segundo caso, los jueces están limitados a juzgar los actos ilícitos mediante o a través de las figuras delictivas.

B) VISION HISTORICA DEL PRINCIPIO LEGALISTA

"Los instrumentos sociales creados por el hombre están siempre expuestos a la mordedura de la vida en grado todavía mayor que los instrumentos técnicos".

Cassirer : Las Ciencias de la Cultura.

I.- ANTECEDENTES.

1.- ¿En el derecho romano?

El sabio romanista germano Teodoro Mommsen afirma que los conceptos de delito y de la pena son tan antiguos como la comunidad, y que no han nacido como un efecto de la ley penal. Así, en Roma, antes de que existiera el derecho penal, existía una injusticia o infracción, un procedimiento y un castigo de esta injusticia en la punición doméstica, en la disciplina militar y en el sistema de coerción del magistrado; y la punición era entonces un acto discrecional, fundado en el arbitrio.

Aparece el derecho penal - prosigue Mommsen - en el momento en que interviene la voluntad del Estado limitando el arbitrio del poder penal, esto es , del juez sentenciador. Sostiene que en este sentido, el derecho penal público de Roma comienza con la Ley Valeria, la cual exige que las sentencias pronunciadas por los magistrados, cuando se trata de la imposición de las penas capitales, sean confirmadas por la ciudadanía. Y el derecho penal privado, comienza con la organización en virtud del cual el pretor fué desposeído de su facultad de pronunciar

sentencia definitiva en los asuntos penales, y sólo podía pronunciar condicionalmente, devolviendo al jurado la sentencia definitiva. "De ahora en adelante no podía haber en Roma ningún delito sin previa ley criminal, ningún procedimiento penal sin previa ley procesal, ni ninguna pena sin previa ley penal"(1).Esta afirmación está basada en la exprosión que aparece en el famoso Digesto de Ulpiano:"Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est" (L. 131, parág. I. D. 1. 16). A este pasaje consideran muchos autores, como Manzini, como el origen del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"(Ob. cit. T.I, parág. 31; pg. 71).

Pero el mismo Mommsen señala, que con esto no quedó en manera alguna abolido el arbitrio del magistrado; porque paralelamente a esta facultad de juzgar restringida por la ley, subsistió la corción libre, y, además, este procedimiento penal sujeto a formalidades sólo se aplicaba dentro de la ciudad de Roma y sólo a los ciudadanos (estaban excluídas las mujeres), y prácticamente fué abolido con el procedimiento extraordinario y los consiguientes "crimina extraordinaria".

De este modo, como dice Hall, el principio de legalidad tiene en Roma una historia muy vaga y accidentada. La mayor parte de los historiadores del derecho penal están de acuerdo en señalar que este principio no tiene origen romano, por la circunstancia de que no se encuentran las razones o fundamentos políticos

---

(1) Mommsen, Teodoro: El Derecho Penal Romano.
Cap. V.-pgs. 58-59.

o técnicos que lo hubiesen sustentado.

2.- Antecedentes en la historia inglesa y norteamericana. Su influencia en los juristas de la época intermedia y en el pensamiento de la ilustración. Antecedentes en algunas legislaciones anteriores ala Revolución Francesa.

Históricamente, la primera aproximación al principio legalista , como hace notar Soler, encontramos en la Magna Charta de Juan sin Tierra (1215), que los nobles arrancaron al rey. Y es simplemente una aproximación , porque no tiene el sentido especial que el principio en cuestión adquirió en el movimiento revolucionario francés del siglo XVIII. En efecto, en el párrafo 39 de este documento se establecía que ningún hombro libre podía ser penado a no ser por el juicio de sus iguales y/o por la ley territorial (nullius liber homo capiatur vel imprisionitur aut dissasiatur aut legetur aut exuletur aut aliquo modo destruatur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium seorum vel(et) per legem terrae"). Se ha discutido si esta disposición solamente establece una garantía procesal o también constituye una prerrogativa de fondo. Pero lo cierto es que predomina el aspecto jurisdiccional, "la reivindicación del derecho a ser juzgado por sus iguales y no por el rey, y de acuerdo con la ley del país, (Soler, Ob. cit. pg. 278). Sin embargo, según Mezger, "en las épocas posteriores(2), las constituciones norteamericanas (Congreso

(2) Mezger: Ob. cit. parág. 9 .-II; pg. 63.

de Filadelfia de 1744, declaraciones y constituciones de los Estados particulares de 1776 y años siguientes) y la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa (1789), se vinculan literalmente al artículo 39 de la Magna Charta, y lo entienden en el sentido de "nullum crimen, nulla poena sine lege" que había penetrado cada vez más en la conciencia jurídico-penal occidental".

El principio establecido en la Magna Charta fué reiterado y confirmado en varias peticiones y declaraciones posteriores; y la influencia parlamentaria transformó lo que sólo de un modo muy vago podía considerarse "nulla poena sine lege" en una máxima definitivamente cercana a aquélla .

El principio inglés adquiere un nuevo sentido en las constituciones norteamericanas. Se prohibe en forma expresa la retroactividad de las leyes penales. Así en la Constitución de Maryland de 11 de Noviembre de 1776, en el art. 15 se establece : "Las leyes retroactivas, que declaran criminales o castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes , son injustas o incompatibles con la libertad . En lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto"(3).

Las garantías establecidas en la legislación inglesa influye en los juristas de la época intermedia: Menocchio(" De arbitrariis iudicium quaestionibus", Venetiis 1599) y Farinaccio ("Praxis et Theorica Criminales", ed. de Frankfort , 1622) quienes establecieron las bases del principio moderno (4).

---

(3) Jiménez de Asúa, Luis: Tratado de Derecho Penal. T.II, parág. 631; pgs. 383 y ss.

(4) Manzini : Ob. cit. pg. 256.

Las ideas político-jurídicas anglonorteamericanas y de los juristas de la época intermedia fueron recogidas , precisadas y proclamadas como una de las garantías de las libertades individuales frente al poder arbitrario del Estado por los pensadores de la época de las luces.

Como sabemos, el siglo XVIII, siglo de la ilustración, era un período de profundas modificaciones de las ideas. Frente al absolutismo existente agudizada por la situación de indeterminación jurídica, se planteabà el problema de hallar límites entre la sociedad y el individuo, entre el Estado y los ciudadanos, y como una de las soluciones se proponía precisamente el principio de la legalidad de los delitos y de las penas.

Así concurrieron en la elaboración de este principio la doctrina de la división de poderes de Montesquieau ("Espíritu de las Leyes"), las ideas de Rousseau sobre la ley que debe ser universal y objetivo ("El Contrato Social") y en especial las ideas del economista César Bonesana, Marqués de Beccaria, que en su famoso libro "Dei delitti e delle pene" (1764) expuso al respecto, y merece que señalemos brevemente algunas de sus ideas centrales.

Beccaria estableció los requisitos que debe tener toda ley penal partiendo de un postulado fundamental: "Todo acto de autoridad ejercido por un hombre sobre otro es tiránico, si no es absolutamente necesario. Por consiguiente, el fundamento del derecho de castigar es la necesidad de defender el depósito de la seguridad pública contra las usurpaciones de los particulares". De este principio infirió las siguientes reglas: 1o)Sólo las leyes penales pueden fijar la pena de los delitos, y que este derecho no puede residir sino en la persona del legislador, como representante de toda la sociedad unida en virtud del contrato o pacto social; 2o)siendo cada magistrado una fracción de la so-

ciedad , ninguno de ellos con justicia puede imponer una pena a otro, si no está fijada anteriormente por la ley, porque esto sería, en efecto, añadir un nuevo castigo al que ya está determinado, lo que no debe autorizarse con el pretexto del bien público (pgs. 68-69); 3o) las leyes deben ser generales; 4o) es necesario que un tercero imparcial, magistrado, sea quien juzgue los actos del acusado y no el legislador; 5o) los jueces criminales, no siendo legisladores, carecen de la facultad de interpretar las leyes; "El juez debe proceder en virtud de un silogismo perfecto, cuya proposición mayor es la ley general, la menor, la acción conforme o contraria a esta ley y la consecuencia, la libertad o el castigo del acusado"(pg. 74), y 6o) las leyes penales no deben ser obscuras con la finalidad de evitar la incertidumbre de la interpretación, y "este mal sería mucho mayor si no están escritas en el lenguaje vulgar; en tal caso sucederá que el pueblo haya de depender del corto número de los depositarios de la ley, la cual vendrá a ser como un oráculo secreto, siendo así que la suerte de la vida y libertad de los ciudadanos debería hallarse consignada en un libro que circulase entre todos ellos y pudiesen entender fácilmente; tal es, sin embargo, la costumbre establecida en casi toda Europa, en esta parte del mundo tan culta e ilustrada" (pgs. 76-77).

Lo expuesto nos autoriza afirmar, que Beccaria efectuó la elaboración decisiva del principio legalista en el sentido que fué consagrado posteriormente en los textos legales frutos de la Revolución Francesa.

Encontramos también antecedentes legislativos de este principio en algunas legislaciones del siglo XVIII, anteriores a la Revolución francesa, establecidas también bajo las influencias

del poderoso movimiento ideológico del iluminismo. Así encontramos en el Código Bávaro de 1752, en la Teresiana de 1769, en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 y, especialmente, en el Código austriaco de José II de 1787, que por vez primera establecía en forma específica la prohibición de la legislación judicial.

II.- FORMULACION DEL PRINCIPIO LEGALISTA .

1.- En los textos legislativos de la Revolución francesa.

2.- Su evolución ulterior.

1- Hemos constatado que los filósofos de la ilustración postularon en el campo de la ideología política, la tesis de la delimitación precisa de las responsabilidades entre el individuo y el Estado. Esta concepción fué traducida al lenguaje jurídico como el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, y establecido en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de Agosto de 1789: Art. 5o. "Todo aquello que no está prohibido por la ley no está impedido"; Art. 8o. "la ley no debe establecer más que penas estrictamente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada".

El principio se repite en la Constitución francesa de 1791, pero no en el Código penal de 1793 y del año III, y en el Código penal francés de 1810, y posteriormente fué acogido por casi todas las legislaciones de tradición jurídica occidental. Aunque no siempre fué observado en la práctica, e incluso existieron

ciertas leyes de la Revolución, como informa Ruiz Funes, como la Ley Pradial de 10 de junio de 1794 dictada a propuesta de Robespiérre, y la "La Ley de Sospechosos" de 17 de Septiembre de 1793, en los cuales se eliminaron todo tipo de garantías para los reos políticos; y esto , porque,como dice el mismo autor, citado, "las doctrinas jurídicas hechas para la vida normal y cotidiana, no son nunca de aplicación para las revoluciones"(5).

2.- Pero en estos textos legislativos citados, a nuestro modo de ver, el principio legalista no fué expresado plenamente tal como fué como concebida doctrinariamente por los filósofos de la ilustración que , según Beling, consistía en la propugnación por la eliminción de la indeterminación de los actos que el juez podía considerar punible y de las penas que el podía aplicar; "se deseaba tener delante de los ojos especies de delitos exactamente determinados como también la pena correspondiente" (Beling : Il Significato del Principio Nulla poena sine Lege). La causa radica en que no se encontró una fórmula técnico- legal adecuada.

Este objetivo fué logrado por Johann Anselm von Feuerbach, quien sostenía que la pena desempeñaba una función intimidatoria, "coacción psiquíca de la pena", pero para que tenga efectividad, los actos conminados deben ser definidos en forma precisa en tipos o figuras delictivas. Como consecuencia, en su Lehrbuch (1801) enunció tres máximas básicas en las siguientes fórmulas latinas: "nulla poena sine lege", "nulla poena sine crimine", "nullum crimen sine poena legale". Estas ideas las concretó en el Código de Baviera de 1813, de cuyo proyecto fué autor, que se convirtió en

---

(5) Ruiz Funes, Mariano: Evolución del Delito Político.

el modelo de la legislación alemana del siglo XX.

En general, se puede afirmar, que el principio de la legalidad de los delitos y de las penas fué incluída, como anota Welzel (Ob. cit. pg. 27) , en casi todos los Estados civilizados del siglo XIX, con excepción del derecho penal dinamarqués (como también el de 1930) que admite una punición análoga. Al respecto, especial situación ocupa el derecho anglonorteamericano, porque se basa en tres fuentes distintas : el derecho escrito (statute law), el derecho consuetudinario (common law) y el derecho judicial (judiciary law); y admiten fundamentalmente el principio "judge made law". Pero es un error, dice Mezger, deducir de este principio una facultad ilimitada del juez para crear un nuevo derecho penal. El juez anglo-sajón está fuertemente sometido al common law, a la ley, a las costumbres y a las anteriores decisiones (Ob. cit. parág. 9, IV).

En el siglo XX, siglo de las grandes contradicciones y de la pérdida de la fe del hombre en sus instituciones tradicionales, se produce la primera ruptura en la trayectoria de la tradición legalista en Rusia que en 1917 abolió el principio "nulla poena sine lege", y en las disposiciones posteriores: "Principios de 1919", el Código Penal de 1922, "Principios de 1924", y en el Código Penal de 1926, se estableció la analogía. Ultimamente (1958) la URSS ha retornado a la tradición legalista basado sobre todo en la doctrina alemana.

También en Alemania se produce esta ruptura. El parágrafo 2 del S.G.B. del Reich de 1871 establecía que una acción sólo puede ser castigada con una pena, si esta pena estaba determinada por

BIBLIOTECA CENTRAL Lima - Perú

la ley antes de que la acción fuese cometida". Esta disposición fué modificada por la Novela de 28 de Junio de 1935, y adquirió la siguiente redacción: "Será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que según el concepto fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, éste será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponde mejor a él" (Art. I, parág. 2: "Bestraf wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessem Grundgedanke auf sie am besten zutrifft"). De este modo se estableció la punición extratípica, basada en el "sano sentimiento del pueblo" ("nach gesundem Volksempfinden")supeditada sin embargo, según Welzel, a la "idea básica" o "concepto fundamental" ("Grundgedanke") de una ley penal. Esta considerado esta modificación por el Nacional-Socialismo como una simple medida transitoria hacia la creación de un "Nuevo Derecho Penal Nacional-Socialista". Para elaborar las bases de este nuevo derecho penal, Hitler nombró una comisión integreda por el Dr. Freisler, el Dr. Schäffer, el Profesor Dr. Klee, el Dr. Dohnani y otros, cuyo informe fué publicado por el Ministro de Justicia del Reich Dr. Franz Gürtner, quien en otro tiempo, siendo también Ministro de Justicia de Baviera, influyó en los magistrados para que fueran indulgentes con el Führer cuando fué juzgado por el "putsch" por el cual pasó seis meses de cárcel en la Prisión de Landsberg (1924) donde escribió su "Mi Lucha".

Después de la caída de Alemania, el Consejo de Control, el 30

de enero de 1946, dictó Ley No.11, mediante la cual se derogó distintas disposiciones penales alemanas, y en forma expresa fué abolido el parág. 2 de la Ley de 1935. Pero en vista de que se había presentado una laguna con esta abolición, se estableción en la Proclama No. 3 del Sonsejo de Control que sólo son punibles los actos así declarados por la ley y se prohibe la analogía o cualquier otra fuente de punición extralegal.

Pero es necesario también que consignemos el hecho histórico de que quienes restablecieron el principio legalista en la Alemania sometida, infringieron ellos mismos en el Proceso de Nüremberg y siguen quebrantándolo bajo el pretexto de "desnazificación". Y como dice Franz von Papen, "mucho se ha escrito y queda por escribir respecto al caos legal de estos procesos de desnazificación. Sus estatutos fueron redactados en la época en que el plan de Morgenthau constituía la base de la política aliada hacia Alemania. Al revés de la práctica normal, en cualquier país civilizado, al acusado se le suponía culpable hasta que demostrase su inocencia. De nuevo la teoría tradicional de "nulla poena sine lege" era abandonada, ya que en el tiempo en que los crímines fueron supuestos como cometidos no había existido legislación que hubiera permitido la formulación de cargos. Delitos claramente definidos y demostrables no eran tomados en consideración, sino sólo el ser miembro de organizaciones políticas. Los tribunales estaban a menudo compuestos de adversarios políticos sin entrenamiento en leyes, y el procedimiento variaba en cada una de las cuatro zonas de ocupación" (Papen, Franz von: Memorias. Ed. Espasa - Calpe. Madrid 1953, pg. 634).

SEGUNDA PARTE

ESTUDIOS ESTIMATIVOS DEL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE".

"Cuanto más se desarrolla el proceso de la cultura, más se revela lo creado como enemigo del creador. El movimiento creador del espíritu parece enfrentarse con su adversario en las propias obras creadas por él. Todo lo ya creado tiende, por su propia naturaleza, a disputar el terreno a lo que pugna por crearse y nacer".

Cassirer: LAS CIENCIAS DE LA CULTURA.

"La cultura está hecha por los hombres y para los hombres. Defenderla contra ellos es transformarla en ídolo, es enajenar el hombre por su producto".

Jean Paul Sartre: LA DESMILITARIZACION DE LA CULTURA.

Asuntos liminares.

En la primera parte de este trabajo hemos tratado de realizar un estudio teórico del principio "nullum crimen sine lege"; es decir, un estudio desligado, en la medida de nuestras posibilidades, de toda apreciación estimativa y de interés pragmático.

Si nos limitáramos al conocimiento teórico o visión objetiva de un determinado objeto - y la ciencia no es sino ésto, la visión o teoría (engriego "theoria" significa "acción y efecto de ver") de un objeto determinado -, no tendría mayormente importancia y "utilidad" para nuestra existencia. Es necesario sacar utilidad de los conocimientos teóricos; y esto puede consistir fundamentalmente en dos clases de operaciones: en la simple labor estimativa o crítica sin plantear ninguna solución , y en la creación de la técnica, es decir, en la creación de métodos o procedimientos para la solución de los problemas humanos.

En torno al principio legalista realizamos, pues, en esta parte un estudio estimativo o crítico y pragmático.

Estos estudios estimativos, al igual que los teóricos, pueden ser efectuados desde diversas perspectivas. Nosotros adoptamos los puntos de vista político, científico, metodológico y axiológico. Y estos criterios los usamos no por ser las adecuadas, sino solamente por ser los tradicionales enel estudio de este principio.

I.- VALORACION POLITICA.

Es evidente la prodencia política de este principio. Tiene su origen en el liberalismo político del siglo XVIII. "El principio de legalidad - como dice Nuvolone - ha penetrado en la doctrina penalista conformando el gran movimiento de ideas que ha precedido y seguido a la Revolución francesa, determinando la creación del Estado moderno"(1).

Conviene señalar que este movimiento ideológico liberal, fundamento de la Revolución francesa, surgió como una antítesis a la situación política existente. Frente a un Estado absolutista, en que el monarca resumía en su persona todos los poderes y cuya voluntad o capricho era ley, se plantea la división y autonomía de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Frente a la imprecisión de las responsabilidades del individuo ante la sociedad, situación que permitía la arbitrariedad del Estado, se postula su delimitación precisa, de tal modo que los ciudadanos conozcan previamente cuáles son los límites de su libertad y cuáles son los actos prohibidos. Precisamente el principio de la legalidad de los delitos y de las penas surgió como un medio de limitación de estas responsabilidades, la que significa al mismo tiempo una limitación o prohibición de la intervención del poder punitivo del Estado en las zonas de libertad reservadas por la ley. Por esta razón figura aún hoy en los textos constitucionales en el capítulo correspondiente a las garantías individuales.

Indudablemente el principio legalista ha cumplido una función positiva en la historia del derecho penal. Consideramos que es aún

---

(1) Nuvolone: Le Principe de la Légalité y los Principes de la Défense Social.

aún conveniente su permanencia, e incluso su perfeccionamiento como lo quiere Soler. Pues, existen todavía circunstancias políticas que justifican su vigencia; porque el Estado liberal moderno, sigue siendo, en lo esencial, un aparato coactivo al servicio delos sectores influyentes de la sociedad . Concurre también a esta justificación el sistema retributivo de la pena omperante en muchos países, que en el fondo no es sino una venganza limitada. Creemos, con Jiménez de Asúa, que "mientras las cuestiones penales tengan que ser debatidas en los Tribunales, y mientras el fondo expiacionistas de los pueblos no se limpie del residuo de tiempos pretéritos, será preciso mantener la regla "nullum crimen, nulla poena sine lege"(2)

En el pasado inmediato y también actualmente, observamos situaciones paradójicas en relación a este principio. Que ha sido mantenido y es incorporado por países que siguen orientaciones políticas opuestas a la liberal. Así, no fué derogado por la Italia fascista, y recientemente ha sido incorporado en la legislación(política) soviética. Figura entre las innovaciones realizadas en 1958 la renuncia a la analogía y del consiguiente establecimiento en la legislación penal general de la URSS y de las 15 Repúblicas Federadas, el principio de que sólo se puede exigir responsabilidad criminal y castigar los delitos previstos directamente por la ley (nullum crimen, nulla poena sine lege) (3).

Se ha buscado varias explicaciones para estos dos casos. Se sostiene en lo referente a la Italia de Mussolini la posibilidad de que este principio haya subsistido sólo por razones de tradición jurídica. Para Soler, se debería a su ineficacia, "porque

---

(2) Jiménez de Asúa, Luis: Ob. cit.,T.II.- parág. 639, pg. 392.

(3) Ivanov, Valentín: Nuevas Leyes Soviéticas.

no dice lo que debe decir, porque su fórmula es inactual, porque exagerando un poco, casi se puede decir, que es letra muerta, y por esta razón puede ser mantenido o aceptado sin ningún inconveniente" (Ob. cit. pg. 278).

Tratándose de la URSS, no creemos que obedezca a las mismas consideraciones, pues, no tendría ningún objeto que este país se copie una regla que carezca de importancia y considerada tradicionalmente como pertenecientes a los Estados liberales o burgueses. Es posible que esta acogida se debe a la importancia metodológica que ha adquirido este principio independientemente de su procedencia o fundamentación política. Pero al mismo tiempo, no descartemos tampoco de que sea síntoma de la liberalización política de este país.

II.- VALORACION POLITICA .

Decimos que un principio tiene valor científico cuando está basado en la eficacia científica.

Sabemos que la ciencia es un conocimiento sistemático eficaz, esto es, un conocimiento estructurado a base de las relaciones de fundamentación aléthica o de verdad. Esto implica que la ciencia nos proporciona un conocimiento seguro y podemos fiarnos por eso en ella . Por esta razón, la mayor o menor eficacia de las normas jurídicas y de la técnica en general, depende de su mayor o menor fundamentación en la ciencia.

Pero no todas las acciones humanas o sus obras han partido de la base científica siempre, sino que muchas veces sólo después de producidas se ha encontrado en ellas cierta eficacia científica. Esto ha ocurrido precisamente con el principio de la legalidad de los delitos y de las penas. Surgió solamente como fruto de un ideal jurídico y político, y así fué incorporado en los textos legislativos de la Revolución francesa. Sólo posteriormente el filósofo y jurista Johann Anselm von Feuerbach lo dota de un fundamento psicológico.

Von Feuerbach es autor de la teoría de la relatividad en el derecho penal y al mismo de la teoría de la coacción psíquica de la pena. En su famosa obra "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden poinlichen Rechts" (Giessen 1801) que la amenaza de un mal sensible constriñe psíquicamente al individuo, y por esto tiende a evitarlo. Basándose en este hecho, sostiene que la pena debe cumplir esta función de coacción psíquica; pero para que esta amenaza produzca en forma eficaz su efecto intimidante es necesario quo los delitos y las penas deben hallarse claramente definidos en la ley, de tal modo que el amenazado

sepa porque se le conmina, y porqué y con qué se le coacciona.

De su teoría de la prevención psicológica Feuerbach infiere que el principio fundamental del derecho penal se formula así: "Toda pena jurídica en el Estado, es una consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: 1)La existencia de una pena supone una ley penal anterior (nulla poena sine lege) . Pues solamente la amenaza del mal por la ley, fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de la pena; 2) la existencia de una pena está condicionada por la existencia de una acción amenazada (nulla poena sine crimine), pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario; 3o) el acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está condicionada por la pena legal (nullum crimen sine poena legale), pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica" (Lehrbuch, pg. 41) (1).

Es posible que está teoría en la realidad tenga una eficacia relativa, pero tiene el mérito de haber concurrido en el perfeccionamiento del principio legalista, esto es, en la formulación de los delitos en tipos o estructuras cerradas. En efecto, Feuerbach no hace una explicación científica de la pena, sino solamente trata de su efecto psicológico. Aún hoy, se sigue discutiendo sobre la naturaleza de la pena, a pesar de ser el elemento esencial para la existencia del derecho penal. Así por ejemplo Carnelutti afirma que ella responde a una ley natural, una reacción natural ante el delito ("la pena es el eco del delito"),

---

(1) Jiménez de Asúa,Luis : Ob. cit. T.II, parág. 629.

y tiene la función esencial de restablecer el orden violado que está estrechaménte relacionado con la conciencia, pues ésta no es sino "sensibilidad al orden", cuya turbación provoca sufrimiento y hay necesidad de restablecer el equilibrio; y, considera por esta razón que el delito y la pena no son suma de males que podría definirse , como se ha considerado tradicionalmente, con la fórmula aritmética de la edición : d (delito) + (más) p (pena), sino que la representación exacta es la resta algebraica, en la que el delito y la pena son equivalentes pero de signos opuestos: d (delito) - p (pena) = (igual) a 0 (este cero representa equilibrio) (2). En cambio otros autores como Cossio, estiman que la pena es una medida aflictiva, un mal que no tiene ninguna justificación racional.

Posteriormente, se ha hablado de dos tendencias antagónicas sobre el principio legalista. Una, sustentada por los juristas que pertenecen a la "orientación técnico- jurídica", y la otra, porlos criminólogos que siguen los principios de defensa social.

Los primeros lo defienden considerando como una construcción decisiva de la técnica jurídica y que evita la anarquía mental; mientras los segundos lo juzgan como una mera fórmula de un ideal jurídico histórico, carente de base científica y que constituye un obstáculo para una eficaz defensa de la sociedad.

A nuestro modo de ver el punto de partida de esta oposición es errónea porque no cabe contraponer la técnica y la ciencia. La"técnica jurídica " no es sino un método de estudio, de interpretación, de organización de las leyes y mal podría fundamentarse en ella para defender un principio jurídico. Encambio la Crimi-

---

(2) Carnelutti, Francesco: El Problema de la Pena.

nología es una ciencia, o por lo menos tiene esta aspiración, de los delitos y de los delincuentes, cuyos resultados deben servir de base a la construcción de las leyes penales. Como dice M. Ancel, "la necesidad de fundir estas divergencias en una armoniosa y suprema unidad constituye en adelante la exigencia fundamental que se hace sentir en el curso de la fase actual de la evolución de las concepciones penales; y los representantes modernos de la defensa social así lo han creído"(La Défense Social Nouvelle, París 1954)(3). Por esta razón no suscribimos aquella afirmación de Jiménez de Asúa de que"la Criminología se tragará al Derecho penal"(4), porque la ciencia en sí no plantea ninguna solución a los problemas humanos, solamente constata la realidad tal como es. De este modo, la ciencia es, usando el lenguaje económico, la materia prima para la solución adecuada de los problemas, es decir, solución técnica y eficaz. Esto significa que la ciencia necesita, a su vez, de la técnica para que sea convertida en"utilizable". Hay pues una estrecha interdependencia entre la ciencia y la técnica. La evolución, el perfeccionamiento de las leyes penales, como técnicas de solución de los problemas sociales, dependen hoy no sólo de la Criminología sino de la conjunción de todas las ciencias sociales.

En vista de estas circunstancias, la moderna tendencia de defensa social, ya no hace la oposición entre la ley penal y la protección de la sociedad. Es hoy "el principio de defensa social el principio teórico y práctico en virtud del cual las ins-

---

(3) Nuvolone: Le Principe de la Légalité.

(4) Jiménez de Asúa,Luiis: La Ley y el Delito. Pg. 58.

tituciones y las normas de derecho penal se orientan esencialmente, en su contenido como desde el punto de vista procesal, hacia la recuperación moral y social del delincuente, sin repudiar necesariamente tal o cual característica tradicional de esta rama de del derecho, y por consiguiente sin negar en ciertos casos la sanción penal con carácter retributivo (cuando el autor tenga plena posesión de sus facultades)" (Nuvolone : El Principio de la Legalidad y los Principios de Defensa Social).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, si en el futuro, el desarrollo de las ciencias y de la sociedad nos permita elaborar métodos más eficaces y humanos para combatir los actos negativos para la sociedad y si, además, concurre condiciones políticas que no han de desnaturalizarlos, juzgamos conveniente, si se realiza esta utopía, dejar la vieja vestidura legalista, si ésta se convierte en obstáculo al advenimiento del nuevo orden.

Como anticipos de esto, en casi la totalidad de las legislaciones, observamos en nuestros días el abandono del principio de la legalidad en relación a los menores, por razones de que "no hay niños delincuentes sino de conducta irregular, como anota Jiménez de Asúa, que necesitan medidas de protección". A esto tenemos que agregar dos hechos importantes: En primer lugar, la pérdida progresiva del sentido absoluto de la segunda parte del principio legalista, el "nulla poena sine lege", ya que se establece sólo el máximum y el mínimum de la pena, que significa la ampliación del poder discrecional del juez. En segundo lugar, la incorporación de las medidas de seguridad en la mayor parte de los códigos paralelamente a las penas (es verdad que esto aún no significa el abandono del legalismo). Y, finalmente, la tendencia doctrinaria actual en el sentido de que debe existir una dualidad

de legislaciones penales: "una fundada sobre el principio de la imputabilidad; la otra, exclusivamente sobre el principio de la peligrosidad en la que el apotegma nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, se halla desprovisto de todo fundamento científico o jurídico", como lo distingue Giulliano Vasalli (Cit. por Jiménez de Asúa en su Tratado, T.II, parág. 632). Sin embargo, incluso respecto a las medidas de seguridad predelictuales, hay dos tendencias antagónicas. La una sostiene la inoperancia absoluta del principio legalista, y la otra, propugna el estricto legalismo en las medidas de seguridad. Nosotros creemos que es conveniente la proposición de Jiménez de Asúa, que a nuestro de ver super a estas dos posiciones extremas, la jurisdiccionalización de los métodos preventivos mediante un proceso riguroso en que sea necesario probar la existencia del estado peligroso. Pero esto requiere un alto desarrollo de las ciencias sociales y la utilización de los métodos más complicados y seguros para una certera diagnosis y tratamiento del estado de peligrosidad, que aún los países más desarrollados no poseen.

Por esta razón, además de las circunstancias políticas no favorables, es conveniente aún la permanencia, incluso su perfeccionamiento e intensificación, del principio legalista. Es decir, que es necesaria todavía la limitación que esta regla significa mientras no se haya eliminado previamente la "peligrosidad" de los peritos y de los jueces y las intromisiones del poder político en la administración de la justicia.

III.- VALORACION METODOLOGICA .

Fué Ernst von Beling quien por vez primera destacó la importancia del principio "nulla poena sine lege poenali" en la metodología jurídica(1). Distinguió dos aspectos en el principio legalista: un aspecto negativo (prohibitivo), en el sentido de no ser susceptible de condena todo acto del individuo cuya punibilidad no resulte de la ley penal(non sine lege); un aspecto positivo (técnico), que consiste en la exigencia de que la ley penal debe establecer los delitos en tipos mediante una enumeración taxativa. Sostiene que la significación esencial de la máxima legalista no es la simple legalización de los delitos y de las penas, porque, aún existiendo una ley penal previa, se mantendría la situación de indeterminación jurídica que favorezca las extralimitaciones del poder estatal. Su significación esencial es la de ser una exigencia técnica referida a la definición misma que hace la ley de los delitos. En consecuencia es una regla que rige el mismo acto del legislador, es decir, a la misma fuente del poder punitivo.

En realidad, lo que ha hecho Beling es precisar e intensificar el sentido de la fórmula "nulla poena sine lege poenali" acuñada por Feuerbach.

Sebastián Soler, jurista que más ha profundizado los estudios sobre este problema, en su obra "La Fe en el Derecho y Otros Ensayos", hace agudas observaciones al respecto. Señala que a pesar del enriquecimiento e intensificación del sentido de este principio desde el punto de vista conceptual o doctrinario, legislati-

---

(1) Beling: "Il Significato del Principio Nulla Poena sine Lege poenali nella determinazioni dei concetti fondamentali di Diritto penale".
Rev. cit. pg. 319.

vamente se sigue repitiendo la fórmula del siglo pasado. Cita como ejemplo la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, que en su art. 11 consagra el principio legalista utilizando la fórmula tradicional. Observa que actualmente no se infringe a esta fórmula tradicional (exigencia previa de la definición legal de los delitos y de las penas), sino a su sentido intensificado. Se viola la exigencia de la formulación de los delitos en tipos o estructuras cerradas de acción, es decir la tipicidad (2). Señala dos clases de medios de infracción o desnaturalización : medios directos y medios indirectos.

Los primeros se consiguen sancionando la analogía o creando otras fuentes de punición como el "sano sentimiento del pueblo".

Entre los medios indirectos, a su vez, señala dos modalidades: la creación de tipos en sí mismos analógicos y el establecimiento de formas objetivas de responsabilidad.

En el primer caso existe un tipo aparente pero que en realidad está desfigurado, sin contornos, por la falta o poca precisión del verbo que se usa para definir, o por agregarle tantos complementos que lo van dilatando hasta transformarlo, llevándolo a sentidos indefinidos y, por lo tanto, abiertos a muy diferentes posibilidades de aplicación; y, que a esto concurre la inexacta idea de que el delito es "conducta", pues, en verdad, la conducta de un sujeto presenta siempre la forma de una corriente sin soluciones de continuidad, "es el despliegue de la personalidad en el tiempo"; considera que lo delictivo está dentro de ella, pero que no puede ser definido como el puro devinir o des-

---

(2) Para Soler la "tipicidad" o"Typizität" belingniano es el principio por el cual se requiere que los delitos se acuñen en tipos, mientras que la adecuación del hecho a la definición es la "Tatbestandsmässigkeit".

plegarse, porque importaría imputar punible cualquier momento o todo momento, y "el delito vendría entonces a ser una cualidad personal, no ya una acción".

La otra manera de eludir la emigencia de la tipicidad, afirma el autor citado, consiste en adoptar como centro o núcleo de la definición la parte objetiva de la acción, es decir, estableciendo figura de responsabilidad objetiva, violándose un dogma básico del derecho penal moderno de que no hay "no hay responsabilidad sin culpa".

Como métodos para suprimir estas infracciones y para que el principio legalista tenga plena vigencia, propone la consagración del principio de tipicidad como precepto legislativo obligatorio y la reafirmación del principio de que "no hay pena sin culpa", es decir, de que "nadie puede ser condenado por lo que es, sino por lo que hace".

El valor metodológico del principio legalista, a nuestro modo de ver, no se limita a la técnica legislativa. Juega también papel importante en la interpretación y aplicación de la ley penal. Por esta razón, el juez para determinar si un acto humano concreto es o no punible, previamente tiene que "tipificarlo", es decir, adecuarlo al marco semántico de los tipos delictivos; sólo después podrá averiguar sobre los demás elementos que concurren en la incriminación. Algo de esto significa el art. 77 del Código de procedimientos penales, en el que se ordena al juez que "sólo abrirá instrucción, si cree que el hecho denunciado constituye delito". Pero sería conveniente establecerlo en forma expresa, utililizando el mismo término "tipicidad", como una regla procesal penal.

En conclusión , para que estas ideas o sentidos intensificados del principio legalista tengan plena vigencia deben ser consagrados legislativamente y en el orden lógico siguiente:

Primero, debe establecerse expresa y constitucionalmente, la

exigencia legislativa de formular los delitos en tipos o estructuras cerradas de acción. Pues sería absurdo exigir la tipicidad de los delitos si no hay una exigencia legislativa previa que obligue a estructurar la ley penal en tipos.

Segundo, como consecuencia, debe consagrarse también expresamente, como ya hemos dicho, la exigencia procesal de la tipicidad.

IV.- FUNDAMENTACION AXIOLOGICA.

El jurista argentino Carlos Cossio ha tratado de fundamentar el principio "nulla poena sine lege poenali" desde un punto de vista metafísico. Sus ideas, al respecto, aparecen en el artículo publicado bajo el título "El Principio Nulla Poena sine Lege en la Axiología Jurídica"(1). Para apreciarlas con justedad, vamos a exponerla resumidamente:

Parte de la tesis de que el principio "nulla poena sine lege", no es una cuestión de hecho, sino, se trata de un sentido estimativo, porque no saca su fuerza deconvicción de la realidad, sino que arraiga en la pura idea de justicia. Por esta razón, considera, el pronunciamiento sobre él tiene que hacerse no en el plano óntico sino axiológico; "y su defensa, si cabe, ha de ser porque en él descubramos un intrínseco sentido de justicia". Considera que la verdadera justicia es aquella que está basado en el principio de identidad o igualdad, que es el principio racional por excelencia. En consecuencia, la verdadera justicia es la "justicia racional", que, utilizando la fórmula clásica, consiste en dar "lo que a cada cual corresponde para estar en igualdad de condiciones con el alter ego con quien interfiere". De acuerdo a esta idea de justicia juzga el fundamento del principio "nulla poena sine lege".

En primer lugar, inquiere por el fundamento de los diferentes tipos de sanciones en relación con los deberes transgredidos. Para esto adopta la clasificaciones de las sanciones de García Máynez: 1º) sanciones de cumplimiento forzoso; 2º) indemnización y, 3º) castigo. En las dos primeras, encuentra un fundamento racio-

---

(1) Revista Argentina "LA LEY", T. 48. Buenos Aires 1947.

nal , porque gira en torno a la noción de"lo igual", mientras que en la tercera, no. "En las sanciones de cumplimiento forzoso, la relación ontológica entre los términos comparados (contenido de la sanción y el contenido del deber transgredido) es de identidad; en la indemnización, es de equivalencia; pero en el castigo nos damos con una relación de incomparables".

Esto significa, pues, que la sanción penal, cuya finalidad inmediata es aflictiva, no tiene fundamento racional. Su única racionalidad es la de integrar una norma.

Habiendo pues entre el deber transgredido y la pena una relación irracional, no es racional, afirma, extenderlo; por esta razón, el repudio a la analogía es justicia racional (porque la analogía significa ampliar lo irracional). Pero sí es racional limitar lo irracional, y esta función precisamente cumple el principio liberal "nulla poena sine lege". He aquí su valor en el plano de la axiología pura. "Atacarlo este principio axiológico es atacar a la razón misma en una de sus más importantes expresiones estimativas".

Esta es la fundamentación axiológica de Cossio. En torno a ella queremos hacer las siguientes observaciones:

En lo que respecta a su idea de"justicia verdadera", nos parece que ésta no es sino una tendencia doctrinaria. Creemos con Kelsen, que la justicia es una idea extralógica, es un ideal del querer y del obrar, y no puede reducirse al principio de identidad.

En elsupuesto caso de que existiera una verdadera justicia en el sentido concebido por Cossio, no creemos que atacar el principio "nulla poena sine lege" sea, en todas las circunstancias, "atacar a la razón misma en una de sus más importantes expresio-

nes estimativas". Porque, si bien es cierto desde la perspectiva cossiana, este principio limita lo irracional, por otro lado significa el mantenimiento de lo irracional limitado por él. Y lo "más racional" sería no sólo limitar lo irracional, sino eliminarlo; pero esto comportaría la desaparición del mismo principio legalista, porque ya no tendría razón de existir, la que nos revelaría que carece de un "sentido intrínseco" de verdadera justicia. De tal modo que si se ataca al principio "nulla poena sine lege" por ser un obstáculo para la total eliminación de la pena, que es algo irracional, no constituye un acto sacrílego contra la diosa razón.

CONCLUSIONES SOBRE EL PRINCIPIO LEGALISTA .

A) TEORICAS:

(1) El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" constituye un medio de limitación al poder punitivo del Estado.

(2) Significa prohibiciones y exigencias referidas a las acciones punibles (delitos), a las penas y a la ley penal misma.

(3) En lo referente a los delitos:

a) Prohibe la existencia de actos punibles extralegales (nullum crimen sine lege). Lo que equivale a decir que la ley penal es la única fuente de los delitos.

b) Establece una exigencia implícita e indirecta sobre la ley penal misma del modo como debe definir los delitos.

En la doctrina alemana fué comprendida, en especial por Beling, como la exigencia legal de formular los delitos en tipos, constituyendo una enumeración taxativa, un número clausus. En el caso concreto de nuestra legislación, se exige que la ley penal debe calificar previamente las acciones punibles "de manera expresa e inequívoca".

Esta exigencia implica la exclusión de la aplicación analógica de la ley penal.

(4) En lo concerniente a las penas:

a) Prohibe la punición extralegal (nulla poena sine lege).

b) Exige que la ley penal debe señalar una pena determinada para cada figura delictiva.

Esta exigencia ha perdido su carácter absoluto, ya que actualmente se establece sólo el máximum y el mínimum de la clase de penas y el máximum y el mínimum correspondiente a cada figura delictiva. Esto significa la ampliación del poder discrecional del juez.

(5) Este principio, históricamente, se ha establecido en la doctrina penal conformando el gran movimiento de ideas que han precedido y seguido a la Revolución Francesa.

B) ESTIMATIVAS:

(1) Es aún conveniente la permanencia de este principio, incluso su intensificación y perfeccionamiento porque las condiciones políticas existentes en muchos Estados modernos, como en el nuestro por ejemplo, y el poco desarrollo de nuevas técnicas sociales más humanas para combatir los actos negativos para la sociedad, exigen todavía la limitación de la arbitrariedad punitiva estatal.

(2) Para que tenga plena vigencia y eficacia metodológica, debe consagrarse legislativamente en su sentido enriquecido por Beling y Soler en el orden lógico siguiente:

Primero, debe establecerse expresa y constitucionalmente la exigencia de formular los delitos en tipos o estructura cerradas de acción.

Segundo, como consecuencia, también debe consagrarse expresamente la exigencia procesal de la tipicación.

(3) Históricamente ha cumplido una función positiva en la lucha por las libertades individuales. Pero no creemos como Cossio que tenga un valor absoluto, un "valor intrínseco de verdadera justicia". Es simplemente un instrumento al servicio de un ideal político y jurídico históricos.

(4) Fuera de su fundamento político y metodológico carece de una base científica eficaz .

Fin.

BIBLIOGRAFIA

1) Beling, Ernst von: - IL SIGNIFICATO DEL PRINCIPIO "NULLA POENA SINE LEGE".

Revista "LA GIUSTIZIA PENALE" (Pg.319) vol. XXXVII (VII della 4a serie). Parte I. Roma, 1931.

- LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO y
- ESQUEMA DE DERECHO PENAL.

Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944.

2) Bonesana, César (Marqués de Beccaria)

-DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS
Lib. y Casa Editora Hernando S.A.
Madrid, 1930.

3) Burckhardt, Lukas: UBER DEN GRUNDSATZ "NULLUM CRIMEN SINE LEGE".
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. 70 Jahrgang, Bern 1955.(Pgs. 113 -128).

4) Dramont Arias, Luis: -LA LEY PENAL
Imp. del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de Policía. Lima, 1950.

5) Carnelutti, Francesco: /- EL PROBLEMA DE LA PENA
Ediciones Jurídicas Europa-América. Seg. Edic. Buenos Aires, 1945.

6) Cossio, Carlos: -TEORIA DE LA VERDAD JURIDICA y
-EL PRINCIPIO "NULLA POENA SINE LEGE" EN LA AXIOLOGIA JURIDICA.
Edit. Losada. Buenos Aires 1954.

7) Cornejo, A.G.: - COMENTARIO AL NUEVO CODIGO PENAL
Lib. Francesa y Casa Editora Rosay. Lima, 1926.

- DERECHO PENAL ELEMENTAL (Parte General).
Imprenta "San Cristóbal". Lima s/f.

8) Corso Masías, Alfredo: -EL DELITO, EL PROCESO Y LA PENA

T.I. Derecho Penal (Parte General)
Editorial El Deber S.A. LTDA. Arequipa -Perú,1955.

9) Donnedieu de Vabres, H.: - A JUSTICA PENAL DE HOJE
Colec. Studium. Lib. Académica, Sao Paulo 1938.

10) Dahm, George : - METHODE UND SYSTEM DES NEUEN STRAFRECHTS.
Walter de Guyter Co. Berlin, W35.

11) Fontán Ballestra, Carlos: - DERECHO PENAL
Abeledo - Perrot. 4a Edic. Buenos Aires 1961.

12) Pinzi - Núñez : - EL CODIGO PENAL ALEMAN
Edit. Depalma. Córdoba-Argentina, 1945.

13) García Máynez, Eduardo: - ETICA
5a Edic. Editorial Porrua S.A. México D.F. 1957.

-LOGICA DEL JUICIO JURIDICO
Fondo de Cultura Económica. México, 1955.

14) Hall, Jerome: - EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
Revista Jurídica Argentina LA LEY.
Editorial La Ley. Buenos Aires, 1949. T. 54, pg.809.

15) Jiménez de Asúa, Luis: - TRATADO DE DERECHO PENAL
T.II.2a Edic. Edit. Losada, Buenos Aires 1958.

- LA LEY Y EL DELITO
3a Edic. Edit. Hermes. Buenos Aires 1959.

- LA SENTENCIA INDETERMINADA
Tipografía Editora Argentina. B.Aires, 1948.

16) Kelsen, Hans: - LA TEORIA PURA DEL DERECHO
Edit. Losada. Buenos Aires 1941.

- TEORIA COMUNISTA DEL DERECHO
Emecé Editores. Buenos Aires 1958.

17) Manzini, Vincenzo: - TRATADO DE DERECHO PENAL T.I.
Ediar S.A. Editores. Buenos Aires 1948.

18) Mayer, Max Ernst: - FILOSOFIA DEL DERECHO
Editr. Labor S.A. Madrid, 1937.

19) Mezger, Edmund: - DERECHO PENAL. Parte General.
Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1958.

20) Mommsen, Teodoro: - EL DERECHO PENAL ROMANO. Primera parte
La España Moderna, Madrid s/f.

21) Núñez, Ricardo: /- DERECHO PENAL ARGENTINO T.I.
Edit. Bibliográfica Argentina. B.Aires, 1959.

- EL ORIGEN DE LA LEY Y LA GARANTIA DE LA LEGALIDAD.
Rev. Jurídica Argentina LA LEY (pg. 305)
Buenos Aires, 1949.

22) Ruvolone: - LE PRINCIPE DE LA LEGALITE Y LES PRINCIPES DE LA DEFENSE SOCIALE.
Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé. No1, Janvier - Mars, 1956, Paris.

23) Porto, Jesús Edelmiro: - FUENTES DEL DERECHO PENAL
La Plata, 1952.

24) Ross, Alf:- SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA
EUDEBA,Edit. Universitaria de Buenos Aires, 1963.

25) Recaséns Siches, Luis: - TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO.
Primera Edic. Edit. Porrua S.A. México 1959.

26) Rosal, Juan del: - DERECHO PENAL
2a Edic. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, vol. 13. Valladolid, 1954.

27) Rousseau,J.J.: - EL CONTRATO SOCIAL
Lib. de Antonio Novo. Madrid 1880.

28) Ruiz Funes, Mariano: - EVOLUCION DEL DELITO POLITICO
Edit. Hermes. México D.F., 1944.

29) Soler, Sebastián: - FE EN EL DERECHO Y OTROS ENSAYOS
Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires 1956.

30) Solnar, Vladimir: MAINTIEN OU ABANDON DE LA REGLE "NULLA POENA SINE LEGE".
Revue de Droit Pénal et de Criminologie.
Dix- Septiéme Année, No7, Juillet 1937
Bruxelles - Belgique.

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
BIBLIOTECA CENTRAL
Lima - Perú

31) Sauer, Guillermo: - DERECHO PENAL. Parte General.
Edit. Bosch; Barcelona, 1956.

32) Schäfer, Karl: - NULLUM CRIMEN SINE POENA
Das Kommende deutsche Strafrecht (Allgemeiner Teil).
Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechts-Kommission, herausgeben von Dr. Franz Gürtner.
Verlag Franz Vahlen. Berlin W9, 1935.

33) Screier, Fritz: - CONCEPTO Y FORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO. Editorial Losada, Buenos Aires 1942.

34) Von Liszt, Franz: - TRATADO DE DERECHO PENAL T.I.
Edit. Reus, Madrid 1927.

35) Welzel, Hans: - DERECHO PENAL . Parte General.
Roque DEPALMA Editor. B. Aires, 1956.
- MAS ALLA DEL DERECHO NATURAL Y DEL POSITIVISMO JURIDICO.
Universidad Nacional de Córdoba (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales). Direcciones General de Publicaciones, R.A., 1962.

———————— o ————————

Lima, 24 de Junio de 1964

Remítase esta tesis a
la Biblioteca Central de la Universidad.