

Derecho Penal

PARTE GENERAL

ENRIQUE CURY URZÚA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión
Casilla 114-D Santiago, Chile
Fax (56-2) - 635 4789
mriverv1@puc.cl
www.puc.cl/edicionesuc/

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
Enrique Cury Urzúa

© Inscripción N° 143.944
Derechos reservados
1982
I.S.B.N. 956-14-0808-2

Segunda edición, 1988
Tercera edición revisada, 1992
Cuarta edición, 1996
Quinta edición, 1999
Sexta edición, 2001
Séptima edición ampliada, marzo 2005, 1.500 ejs.

Diseño:
Publicidad Universitaria
Impresor:
Imprenta Salesianos S.A.

C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile
Cury Urzúa, Enrique
Derecho penal: parte general
Enrique Cury Urzúa, 3ª. ed.
Incluye bibliografía.
1. Derecho penal—Chile.
I. t.
2004 345.83 dc.21 RCA2



progresos de la teoría, poniéndola, además, a prueba cada vez que las circunstancias lo permitan.¹³² Sólo de esta manera puede "la dogmática del derecho penal servir como puente entre la ley y la praxis", procurando una equilibrada y progresiva revivificación de la aplicación de las normas punitivas a través de los jueces, y atendiendo con ello, en más alta medida, a los imperativos de justicia.¹³³

Finalmente, es necesario señalar que en la actualidad, aparte de la influencia italiana y alemana, se está dejando sentir en nuestro medio la del extraordinario florecimiento experimentado en los últimos años por la ciencia del Derecho Penal español. A partir de la década del sesenta, en efecto, la dogmática peninsular se ha situado entre las mejores de Europa, elaborando sistemas muy valiosos. Autores como CORDOBA RODA, GIMBERNAT ORDEIG, CEREZO, RODRIGUEZ DEVESA, RODRIGUEZ MOURULLO, MIR, MUÑOZ CONDE, CANCIO MELLÁ y SILVA SÁNCHEZ, por no citar sino algunos, han trascendido desde hace tiempo las fronteras de su país y sus puntos de vista se discuten al más alto nivel internacional. Dada la vinculación histórica existente entre nuestra legislación y la española, la importancia de esta evolución para la dogmática y la práctica nacional está fuera de discusión.

¹³² M. ANCEL, *El lugar de la investigación*, cit., pág. 15, proporciona, entre varios, este ejemplo excelente de lo que constituye una actitud respetable en este sentido: "Es así que (...) el derecho penal francés y algunos otros sistemas que derivan de la misma concepción, aplican a la tentativa la misma pena que al crimen consumado y que aplican, igualmente, a los cómplices las mismas penas que al autor principal. Pero si tal es la regla de principio en Francia, es sabido que la aplicación es muy ampliamente atemperada en la práctica por el juego de algunas otras instituciones de la ley represiva. La facultad que el derecho francés actual reconoce al juez penal de acordar libremente, y sin explicaciones minuciosas, las circunstancias atenuantes, hace que en realidad la represión de la tentativa o de la complicidad no sean más que muy excepcionalmente la misma que la del crimen consumado o que la del autor principal". (Los énfasis son míos). Naturalmente, los presupuestos legales son en Chile distintos que en Francia; pero aquí sólo se trata de destacar el "modo" en que los jueces de este último país abordan el problema.

¹³³ JESCHECK, 6, I, 1, pág. 35.

CAPÍTULO III LA LEY PENAL Y SU VIGENCIA

§ 7. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

I. EL PRINCIPIO RECTOR DEL DERECHO PENAL *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*, Y SUS DISTINTOS SIGNIFICADOS

Casi todos los ordenamientos punitivos en el presente se encuentran estructurados sobre la base del principio de reserva o legalidad, con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Este principio, sobre cuyos orígenes históricos se ha dado ya una noticia breve¹, expresada de la manera más enfática posible la función de garantía que compete a la ley penal en el Estado de derecho liberal.² En efecto, a través de sus distintos significados, traza con firmeza los límites de un campo en el que todas las decisiones fundamentales competen exclusivamente a la ley, a fin de que el ciudadano cuente con la certeza de que ella —y sólo ella— le dirá precisamente lo que debe o no hacer a fin de no verse expuesto a la imposición de una pena, hasta dónde puede llegar sin ser alcanzado por la amenaza punitiva, e, incluso, la naturaleza y magnitud de las consecuencias a las cuales se lo someterá si toma el riesgo de infringir los mandatos o prohibiciones legales.³

a) Cuando se trata de los significados del principio de reserva, conviene subrayar, ante todo, que contiene una doble referencia al delito y a la pena. Su formulación tradicional, por consiguiente, puede desdoblarse en dos: por una parte, *no hay delito sin ley*, y, por la otra, *no hay pena sin ley*.⁴ Aunque es verdad que

¹ Supra, 6, II, c).

² MAURACH, I, 8, V, A, pág. 100.

³ Sobre la forma en que el principio *nulla poena* resulta complementado por la exigencia de tipicidad, infra, 16, I, b); someramente lo discute ya en este primer momento ETCHEBERRY, I, pág. 49.

ambos se encuentran estrechamente vinculados, incluso de un modo conceptual, en la práctica pueden operar con plena independencia, cosa que no siempre se enfatiza bastante y, sin embargo, es apreciable en los ejemplos siguientes:

1) La ley A establece que cierta conducta constituye un hecho punible, pero omite consagrar la pena que se asocia a su ejecución o bien manda que se le impongan las que se instituirán en un texto legal futuro destinado a regular materias conexas con aquellas de que se trata en ella. Mientras no se subsane el defecto o no se promulgue la ley a que reenvía la norma A, quien ejecute la conducta descrita por ésta no puede ser castigado -aunque en rigor ha ejecutado un delito- porque hacerlo importaría una infracción del *nulla poena sine lege*. Lo mismo sucederá si la ley A dispone que la acción en cuestión se sancione "con la pena que el juez determine" o con "la que se establece en un reglamento dictado por el Presidente de la República".⁵ En nuestro sistema jurídico-penal, la situación es semejante, incluso, cuando la ley A consagra una pena excesivamente indeterminada (vr.gr., "prisión o presidio menor o mayor en cualquiera de sus grados"; "reclusión o presidio menor o mayor en cualquiera de sus grados a presidio perpetuo"; "una cualquiera de las penas contempladas en las escalas graduales números 2 y 3 del art. 59 C.P.", etc.). En todos estos casos, la indefinición de la pena aplicable equivale a la inexistencia de su consagración legislativa (discutible).⁶

2) La ley B establece que se impondrá la pena que señala, precisa y determinadamente, "a todos los hechos que el juez considera atentatorios contra la paz social" o "a las conductas reñidas con los sanos sentimientos de piedad y probidad imperantes en la convivencia", etc. En tal caso, la imposición de la sanción no es posible, porque significaría una infracción al *nullum crimen sine lege*, aunque el *nulla poena* se encontraría a salvo. Otro tanto sucederá si la norma B impone esa pena a hechos que se describirán en un texto legal aún no promulgado, mientras este último no entre en vigor.

Como se deduce de lo expuesto, la violación de cualquiera de ambos principios es equivalente, pues al perderlo de vista puede incurrirse en la confusión de considerar que, si la ley satisface las exigencias del *nullum crimen*, cumple también las del *nulla poena* y viceversa; cosa que, como se ha demostrado, es inexacta.

Hecha esta salvedad, no existen inconvenientes para examinar en conjunto las otras características generales de ambos principios. No obstante, en lo referente a los detalles, la separación debe tenerse constantemente presente.⁷

⁵ Así, con bastante detalle, WELZEL, 5, I, págs. 35 y 36. Aunque sus observaciones se apoyan en el texto constitucional alemán, son válidas para nuestro derecho, sobre todo después de la introducción de los incs. séptimo y octavo del N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980. Véase, asimismo, RODRIGUEZ MUNOZ, notas de derecho español en MEZGER, I, 10, II, pág. 133.

⁶ Sobre esta última situación, véase lo expuesto infra, IV.

⁷ En el mismo sentido, WELZEL, 5, I, pág. 36.

La diferencia tiene gran importancia en relación con algunas cuestiones relativas a la vigencia de las leyes penales en blanco. Véase, al respecto, CURY, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, VIII, 31, págs. 119 y 120.

Históricamente estos dos sentidos del principio de legalidad se reconocen e imponen también separadamente. En efecto, el *nullum crimen* no fue del todo extraño a las legislaciones más antiguas que, aun cuando en forma imprecisa, procuraron siempre describir las conductas dignas de represión. Así ocurre ya en la Biblia, el Código de Hamurabi, las leyes griegas y romanas⁸ o el Corán. Aunque sólo fuera con propósitos de prevención general entendida en una forma rudimentaria, todos esos ordenamientos se preocupan de que el conglomerado social sepa lo que está prohibido y, salvo algunos casos de abuso de poder relativamente infrecuentes, no se imponían castigos de manera caprichosa e inesperada. Esta tendencia se encuentra ya muy acentuada en ordenamientos jurídicos más recientes -como las Siete Partidas, la Constitución Carolina o la Teresiana- que sin ella carecerían incluso de razón de ser. Por el contrario el *nulla poena*, entendido como exigencia de que la amenaza penal, su naturaleza y cuantía se encuentren también determinadas por la ley; es una conquista de las doctrinas liberales inspiradas en la filosofía de la Ilustración. Por consiguiente, su consagración definitiva sólo se produce a fines del siglo XVIII y principios del XIX.

b) El principio de reserva tiene varios significados, cada uno de los cuales se ha acentuado más o menos por la legislación y la doctrina de los distintos países, conforme a los reclamos de circunstancias históricas variables. Así, por ejemplo, la literatura alemana parece haber enfatizado especialmente aquel de sus sentidos que implica una prohibición de analogía⁹, al paso que entre nosotros suele formularse de una manera que subraya aquel en virtud del cual se prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes penales.¹⁰ Hoy, sin embargo, existe un acuerdo relativamente amplio para considerar que esos diferentes contenidos del principio son, en realidad, complementarios y se encuentran relacionados tan estrechamente que la inobservancia de cualquiera trae aparejada la de todos.¹¹ Eso lo expresa la agregación sugerida por MAURACH, según el cual el principio cumple tres funciones distintas, formuladas sintéticamente de la siguiente manera: "*Nullum crimen, nulla poena sine lege PREVIA, SCRIPTA et STRICTA*" (No hay delito ni pena sin una ley previa, escrita y estricta).¹²

1) En el primero de los sentidos señalados (no hay delito ni pena sin una ley previa), el principio de reserva implica una prohibición de *retro-actividad* que limita, en consecuencia, las facultades del legislador. Su tratamiento pormenorizado corresponde, por consiguiente, al capítulo sobre los efectos de la ley penal en cuanto al tiempo.¹³

2) En el segundo (no hay delito ni pena sin una ley escrita), significa que sólo puede ser fuente del derecho penal una *ley propiamente tal*, esto es, aquella que se ha formado en conformidad a las normas constitucionales sobre la materia. Es, por lo tanto, una limitación dirigida al juez, que no puede buscar más allá de ese margen

⁸ STRATENWERTH, 64, pág. 28, afirma que el principio se encuentra enunciado explícitamente "por primera vez en Cicerón, quien sostiene que un comportamiento pasado que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente, delictual y reprochable, no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa".

⁹ Cfr. MAURACH I, 8, V, A, pág. 100. Sobre ello véase asimismo ARTHUR KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de las cosas*, traducción de Enrique Barros Bourie. Santiago, 1976, págs. 35 y sigs., en sentido crítico.

¹⁰ Infra, 10, I.

¹¹ MAURACH, I, 8, V, A, pág. 100.

¹² Idem.

¹³ Infra, 10.

estrecho la solución del problema sometido a su decisión. De él se trata en los apartados siguientes de este capítulo.

3) Por último, en el tercer sentido (no hay delito ni pena sin una ley *estricta*), el principio expresa una prohibición de *analogía*, estrechamente vinculada con el aspecto anterior¹⁴, pues si se prohíbe al juez recurrir a cualquier clase de normas que no estén contenidas en una ley formal, con mayor razón ha de vedársele la creación de ellas mediante un razonamiento analógico. Por este motivo, el estudio detallado de este aspecto debiera efectuarse también dentro del presente capítulo. Sin embargo, a causa de su íntima relación con los problemas relativos a la *interpretación de la ley penal* —a la cual, en rigor, no pertenece, pero de algunas de cuyas formas es preciso delimitarlo—, se lo tratará en ese lugar.¹⁵

JESCHECK atribuye al principio, además, un cuarto significado: *nullum crimen sine lege certa*, de acuerdo con el cual se exige a la ley penal el máximo de *determinación*.¹⁶ Es así, en efecto: "los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada".¹⁷ Sin embargo, esta exigencia de determinación está ya implícita en la prohibición de analogía (*nullum crimen sine lege stricta*), porque ésta sólo cumplirá su función de garantía si la descripción legal de los delitos y la conminación legal de las penas es precisa e inequívoca.

c) El principio de legalidad se encontraba consagrado en el art. 11 de la C.P.E. de 1925, reemplazado actualmente por los incs. séptimo y octavo de la C.P.R. de 1980, con arreglo a los cuales "ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (*nulla poena sine lege*) y "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que sanciona esté expresamente descrita en ella" (*nullum crimen sine lege*). La primera de estas disposiciones se reitera, además, en el art. 18 del C.P., y ambas en el 1º, inc. primero, de ese mismo cuerpo legal.

El art. 11 de la C.P.E. de 1925 establecía que "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". La nueva redacción mejora en varios aspectos la formulación del principio, separándolo de *nulla poena sine iudicio*, distinguiendo el *nulla poena* del *nullum crimen* y consagrando de manera expresa la retroactividad de la ley más favorable al reo. Su texto, sin embargo, excluye todavía de la reserva las medidas de seguridad y corrección, lo cual, atendido el estado actual de la cuestión, es poco deseable.¹⁸

II. LA LEY COMO UNICA FUENTE INMEDIATA DEL DERECHO PENAL

De acuerdo con lo expuesto¹⁹, sólo puede ser fuente del derecho penal una ley *propriadamente tal*, esto es, aquella que se ha formado con sujeción a las normas constitucionales sobre la materia²⁰ (ley en el sentido del art. 1º del C.C.).

Esta exigencia, fundada en la teoría del contrato social, conserva todo su valor para el Estado Democrático de Derecho. En efecto, si ese Estado abriga la pretensión de crear el espacio más amplio posible para la convivencia y conciliación de quienes piensan y creen cosas distintas, es necesario que las prohibiciones y mandatos penales procedan de aquel de los poderes cuya configuración, por ser la más pluralista, otorga más posibilidades de expresión a "los diferentes", ofreciéndoles una oportunidad de negociar sus contenidos y sus límites. Allí, en efecto, las pretensiones de las mayorías o de los grupos dominantes tienen que concertarse, siquiera en parte, con las de las minorías y los conglomerados menos poderosos. Y ésta pareciera ser hasta ahora la única forma conocida de obtener algún acuerdo razonable para mantener al derecho penal, hasta donde sea posible, su carácter de *ultima ratio*, esto es, de instrumento subsidiario, al cual sólo se acude cuando otros mejores han fracasado en la tarea de ordenar la convivencia²¹; pues, en efecto, mediante tal expediente se asegura que la *necesidad social* de la pena sea ponderada y luego declarada por una representación proporcional de la comunidad a la cual afectará.²²

A este respecto debe tenerse presente que la ley en sentido estricto es fuente del derecho punitivo aunque no revista carácter penal expreso. Por supuesto, toda ley que establece un hecho delictivo y le impone una pena es una ley penal, pero en las que forman parte de otros ordenamientos pueden encontrarse disposiciones que producen también efectos en el campo punitivo. Así, por ejemplo, el art. 233 del C.C. establece una causal de justificación que autoriza a los padres o a quien haga sus veces para ejecutar respecto del hijo ciertas conductas típicas (violencia física constitutiva de las lesiones menos graves o leves previstas en los arts. 399 y 494, N° 5 C.P., respectivamente; amenazas del art. 297 C.P.; privaciones de libertad del art. 141, inc. primero C.P., etc.).²³ Este hecho es una consecuencia de la *unidad del ordenamiento jurídico*, conforme a la cual la esencia de cada una de sus ramas sólo puede ser aprehendida mediante una referencia al contexto de que forma parte. Y debe acentuársele porque, tal como muchas veces se incurre en la tentación de trasladar superficialmente a otros campos los conceptos pertenecientes a una de ellas²⁴, es frecuente también olvidar sus relaciones, sobre todo cuando éstas son menos evidentes que en el ejemplo propuesto.

¹⁴ En el mismo sentido, MAURACH, I, 8, V, A, pág. 101.

¹⁵ *Infra*, 8, VI. Entre nosotros, en cambio, tratan del problema en el capítulo destinado a las fuentes del derecho penal, COUSIÑO, I, 21, págs. 88 y sigts., LABATUT, I, 44, págs. 74 y sigts. Por su parte, NOVOA, I, 102 y sigts., págs. 146 y sigts., le reserva un apartado especial, inmediatamente después del destinado a la interpretación. Como aquí ETCHEBERRY, I, págs. 75 y sigts.; GARRIDO, I, 2, págs. 30 y sigts. y POLITOFF, 4, I, págs. 95 y sigts.

¹⁶ JESCHECK 15 III 3, pág. 122.

¹⁷ JESCHECK, *idem*. Con mucho detalle, JAKOBS, 4, págs. 59 y sigts.

¹⁸ Sobre ello, con algún detalle, *infra*, 10, III.

¹⁹ *Supra*, I, b), 2.

²⁰ JAKOBS 4, II A 1, pág. 59.

²¹ MUÑOZ CONDE, *Introducción*, II, págs. 58 y sigts. y, en especial, la exposición en págs. 79 y sigts. Véase, *asimismo*, *supra*, 3, III.

²² CURY, *La ley penal en blanco*, cit. 4, págs. 18 y sigts., con detalle y bibliografía.

²³ En el mismo sentido, con detalle, COUSIÑO, 11, 155, A, págs. 134 y sigts., en donde se examinan varios otros casos.

²⁴ *Supra*, 4, III.

a) No son leyes en sentido estricto y, por consiguiente, no constituyen fuentes del derecho penal, los decretos con fuerza de ley, esto es, aquellas manifestaciones de la potestad normativa del Poder Ejecutivo que, en virtud de una delegación de facultades realizada por el Legislativo, regulan materias propias de una ley.

La posibilidad de efectuar esta clase de delegaciones era cuestionada en general cuando regía el texto original de la C.P.E. de 1925.²⁵ La opinión prevalente las consideraba inconstitucionales y "desaconsejables políticamente".²⁶ Sin embargo, como esa Carta Fundamental no se refería al asunto -aunque de su historia se desprendería que tal silencio implicaba una desautorización²⁷ -, era posible abrigar dudas o eludir un pronunciamiento, como, en verdad, lo hizo constantemente la jurisprudencia.²⁸ La reforma de este texto constitucional, que entró en vigencia el 4 de noviembre de 1970 (Ley 17.284), puso fin al debate. Por un lado, el art. 44, N° 15 permitía expresamente que el Poder Legislativo hiciera delegación de sus facultades respecto de ciertas materias. Por el otro, en la enumeración que se hacía de estas últimas no se incluían (con toda razón) las de carácter penal. A partir de ese momento la cuestión quedó zanjada, haciéndose patente la inconstitucionalidad de los D.F.L. que crean delitos a imponen penas. Tanto más cuanto que la norma "previene expresamente que la delegación no podrá referirse a materias comprendidas en las garantías constitucionales (con ciertas excepciones que no se extienden al principio de reserva ni a las garantías procesales-penales)".²⁹ La solución aparece aun más enfatizada en el art. 61, inc. segundo de la C.P.R. de 1980, en donde la prohibición de que la autorización se extienda a materias comprendidas por las garantías constitucionales no reconoce ahora excepción alguna.

A pesar de todo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se inclinan a una solución radical y satisfactoria del problema que implicaría la declaración de inconstitucionalidad de cada una de las normas penales contenidas en D.F.L. Esa actitud se funda, sobre todo, en consideraciones de carácter práctico. Por una parte, la Corte Suprema sostiene que decisiones de esa clase importarían una invasión en las atribuciones de los otros Poderes del Estado³⁰; por la otra, se teme privar de vigencia a normas más o menos complejas, que regulan actividades de interés social considerable³¹ y cuya sustitución importaría trastornos de toda índole.

En mi opinión, ambos argumentos son insatisfactorios.

Es una responsabilidad de la Corte Suprema, establecida expresamente en el art. 80 de la C.P.R. de 1980 -que reproduce la facultad consagrada por el 86 de la C.P.E. de 1925-, trazar los límites de la potestad legislativa de los otros Poderes a través del recurso de inaplicabilidad. Sólo una concepción anacrónica del principio de separación de los Poderes del Estado podría apreciar en eso una infracción de su contenido; pues para el Estado de derecho contemporáneo, ese principio no excluye sino que presupone una interrelación constante entre dichos Poderes y, así precisamente, la limitación de cada uno por los otros, en un juego de permanente equilibrio y ajuste. Lo cierto es que nuestros altos tribunales, escudados por lo general en consideraciones formales, han renunciado una y otra vez a participar en esa delicada tarea, declinando de tal manera quizás la parte más importante de

²⁵ Véase, detalladamente, NOVOA, 1, 90, págs. 127 y sigs.

²⁶ NOVOA, 1, 90, pág. 129. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, la edición, 1, págs. 61 y sigs.

²⁷ NOVOA, 1, 90, pág. 128.

²⁸ Véase, al respecto, ETCHEBERRY, D.P.J., 1, 3, págs. 16 y sigs.

²⁹ ETCHEBERRY, 1, pág. 80, GARRIDO, 1, 6, pág. 89.

³⁰ ETCHEBERRY, op. y loc. cit.; NOVOA, 1, 90, pág. 129.

³¹ ETCHEBERRY, op. y loc. cit.

su función social y desguarneciendo al ciudadano frente a los abusos de autoridad, sea que éstos procedan del Ejecutivo, del Legislativo o de ambos simultáneamente.

Por lo que se refiere a las dificultades que generaría la declaración de inconstitucionalidad de aquellos D.F.L. que infringen el *nulla poena*, creo que se las magnifica. Puesto que el recurso de inaplicabilidad sólo produce efectos respecto de una o más normas concretas para el caso determinado sobre el cual se pronuncia, difícilmente provocaría una perturbación de las relaciones jurídicas tan generalizada como la que parece temerse. Por supuesto, habría algún desorden, y el riesgo de que una actitud consistente de los tribunales lo aumentara cada vez más, al declarar sucesivamente inaplicables los D.F.L. viciosos. Pero un peligro como ése es saludable, pues fortalece el llamado de atención que se dirige a los Poderes comprometidos, induciéndolos a regularizar con prontitud la situación anómala a la que se trata de poner fin.³²

b) Tampoco son leyes en sentido estricto y, por consiguiente, no constituyen fuente regular del derecho penal los decretos leyes, esto es, aquellas normas dictadas por el gobierno de hecho durante un período de crisis constitucional, en el que los órganos del Poder Legislativo han cesado de funcionar.

Con todo, el problema que se presenta aquí es distinto del que plantean los D.F.L., pues, como observa ETCHEBERRY³³, en este caso no se trata de enjuiciar la constitucionalidad de tales disposiciones, porque ellas son, justamente, el producto de una situación en la que el orden constitucional se ha derrumbado y la Carta Fundamental no rige, de suerte que tampoco es posible vulnerarla.

Lo que ocurre es que en tales períodos existen de todas maneras unas relaciones sociales a las cuales es preciso regular, y quienes detentan el poder tienen que hacerlo mediante actos anómalos, cuya vigencia sólo depende de la medida en que las autoridades están en condiciones de imponerlos coactivamente. Por lo tanto, su imperio es una cuestión de hecho, que, como tal, no admite una valoración jurídica. Mientras persiste la situación irregular, esta clase de preceptos se cumplen o no, pero su validez está fuera de discusión, puesto que no hay una norma fundamental a la cual referirla.

La cuestión surge cuando se restablece el orden institucional, pues entonces sí es necesario evaluar el conjunto de los actos realizados por la administración de hecho, incluidos los D.L. de que se sirvió para ordenar las relaciones sociales mientras ostentaba el poder.³⁴

De acuerdo con lo expuesto, el principio ha de ser que los D.L. carecen de existencia en cuanto normas y, por consiguiente, sus mandatos y prohibiciones cesan de surtir efecto cuando desaparece la autoridad de facto que les otorgaba la coactividad en que se basaba su imperio. Lo cierto es, sin embargo, que, sobre todo cuando el período de anormalidad ha sido prolongado, las relaciones sociales ordenadas por esas disposiciones pueden ser numerosas y estar entrecruzadas de tal manera con las que se rigieron por normas jurídicas auténticas, que resulta prácticamente imposible separar las unas de las otras. Por esta razón, la conducta legislativa más sana pareciera consistir en efectuar un examen conjunto de los D.L., des-

³² Sobre la argumentación de los tribunales en casos específicos, ETCHEBERRY, D.P.J., 1, 3, págs. 5 y 6 y IV, 483, pág. 1. Como en el texto, POLITOFF, 4, 1, pág. 100.

³³ ETCHEBERRY, 1, pág. 82.

³⁴ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, loc. cit.

cartando, sin más, todos aquellos cuyo desconocimiento no provoque problemas, y formalizando los restantes mediante un procedimiento jurídicamente (constitucionalmente) establecido. Mientras esto último no ocurra, aquellos que han creado delitos y consagrado las penas correspondientes no deben, en mi opinión, recibir aplicación.

La doctrina dominante ha operado aquí con un criterio semejante al que justifica la vigencia de los D.F.L. Los D.L., incluso aquellos que versan sobre materias penales, siguen siendo aplicados después que concluye la situación anormal, con el pretexto de evitar problemas prácticos.³⁵ Es verdad que en este caso el argumento se funda en hechos más complejos, lo cual acentúa su realismo. Aun así, creo que también aquí una actitud enérgica del Poder Judicial contribuiría a una regularización satisfactoria de la situación. Y esto no con el objeto de abogar por un formalismo vacío, sino a causa de que, en esta clase de materias, el imperio de las formas es, muchas veces, la única garantía de seguridad jurídica; por eso, habituarse a prestarles acatamiento puede ser fundamental para la preservación de la libertad.

III. LAS FUENTES MEDIATAS DEL DERECHO PENAL

Lo expuesto en el párrafo precedente no excluye la posibilidad de que otros actos legislativos cuya jerarquía es inferior a la de la ley en sentido estricto, y aun el derecho consuetudinario, puedan ser en algunos casos *fuerza mediata* del derecho penal. En efecto, esto ocurre, desde luego, cuando el precepto punitivo se remite a ordenamientos distintos cuya materia es susceptible de ser regulada en parte por *decretos, reglamentos, ordenanzas* o, incluso, por la *costumbre*. Asimismo, cuando, sencillamente, emplea conceptos procedentes de esos otros ámbitos jurídicos, cuyo sentido exacto está determinado hasta cierto punto por disposiciones contenidas en normas de menor nivel.³⁶

Ejemplos de estas situaciones se encuentran en los arts. 483 y 483b del C.P. —que, por lo demás, son muy reprobables desde el punto de vista técnico y político-criminal—³⁷ los cuales aluden reiteradamente a nociones propias del derecho mercantil. Como el art. 4º del C. de Comercio establece que “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley”, puede ocurrir que la aplicación de los aludidos preceptos dependa, en definitiva, de una norma consuetudinaria. Otro tanto cabe afirmar del art. 197 inc. segundo del C.P., en donde se sanciona la falsificación de instrumentos privados mercantiles; pues si “por obra de la costumbre comercial surgiera en nuestro país un documento mercantil diverso de aquellos que están expresamente contemplados en la legislación comercial escrita”, su falsificación debería castigarse con arreglo a esa disposición, cuya pena es más severa que la contemplada para la falsedad de un instrumento privado cualquiera.³⁸ Por otra par-

³⁵ Sobre los distintos argumentos que se invocan, según las circunstancias, permite formarse una opinión ETCHEBERRY, D.P. J. 2, págs. 2 a 5.

³⁶ En este caso, no por la costumbre. Al respecto, véase infra, a).

³⁷ Cfr. ETCHEBERRY, III, págs. 473 y sigs. y, especialmente, pág. 475.

³⁸ NOVOA, I, 85, pág. 122.

te, el art. 248 del C.P. es uno de los muchos y muy variados que pueden citarse en los cuales un decreto, reglamento a ordenanza puede determinar el contenido de la ley penal y, así, actuar como fuente mediata del derecho punitivo. En efecto, allí se castiga al “empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos.” Ahora bien, el carácter de “actos propios del cargo” a que se refiere este precepto puede encontrarse establecido en un decreto supremo, como, por ejemplo, el que contiene el reglamento del respectivo servicio, y lo mismo vale para lo referente a la determinación de los derechos que le pueden corresponder al funcionario.

En realidad, los casos en que el decreto, reglamento a ordenanza cumple una función más “ostentosa” como fuente mediata del derecho penal, son los de las *leyes penales en blanco*, a las cuales, por esto mismo —y a causa de los problemas especiales que suscitan—, he destinado un tratamiento separado en el apartado siguiente. Sin embargo, esto no significa que éstas sean necesariamente las hipótesis más importantes en las que se presenta tal situación.

a) SCHMIDTHAUSER opina que la costumbre nunca puede ser fuente del derecho penal en el sentido de fundamentar una pena. A su juicio, quienes sostienen otro criterio confunden este problema con el del valor vinculante de una interpretación de la ley existente por una jurisprudencia y doctrina constantes.³⁹ Pero lo último no es realmente una costumbre, pues ésta supone un consenso sostenido del grupo social, que bien puede ser antagónico con el punto de vista dominante en los tribunales y la literatura.

En nuestro ordenamiento, este argumento de SCHMIDTHAUSER es plenamente válido cuando no existe una remisión expresa de la ley a la norma consuetudinaria. En el caso contrario, no obstante, la costumbre adquiere el carácter de fuente mediata del derecho penal, aun para los efectos de fundamentar la pena, atendido lo dispuesto en el art. 2º del C.C. Por tal razón, en estas últimas situaciones lo decisivo para la resolución del tribunal no es la opinión uniforme de la jurisprudencia o la doctrina, sino *lo que en la comunidad se ha tenido durante largo tiempo por jurídicamente válido*.

b) Es muy discutida la cuestión relativa a si la costumbre puede derogar la norma punitiva cuando ésta cae en desuso.⁴⁰ En mi opinión, eso no es posible. Es verdad que en la práctica son numerosas las normas penales que cesan de recibir aplicación y son, incluso, olvidadas por los tribunales y la literatura. Así, ellas carecen en rigor de eficacia fáctica. Pero no por eso pierden también la vigencia *jurídica*. Quienes sostienen otra cosa ignoran la distinción entre los planos del *ser* y el *deber ser* que, si bien no conviene exagerar hasta convertirlos en mundos incomunicados, no puede sino ser reconocida como existente. La norma punitiva en desuso sigue rigiendo las situaciones para las que fue dada, aunque *de hecho* no se les aplique y, por lo tanto, no llegue a conformar ni siquiera parcialmente la realidad con su pretensión reguladora. Sin embargo, si después de mucho tiempo un tribunal la reencuentra y somete a ella su decisión, no violará el principio de legalidad. Por supuesto, en una hipótesis de esta índole existirán grandes probabilidades de que el autor se halle en *error de prohibición* y, por consiguiente, exculpado; pero esto último nada dice sobre la vigencia general de la ley, pues sólo se refiere al reproche personal que puede dirigirse al sujeto por su infracción.

c) Las causales de justificación pueden encontrar su fundamento en la costumbre⁴¹ y también en un simple decreto u ordenanza. Ello es así en virtud de la unidad de la ilicitud

³⁹ SCHMIDTHAUSER, 5, 7, pág. 68.

⁴⁰ Así, SCHMIDTHAUSER, op. y loc. cit., categóricamente.

⁴¹ Así, también, NOVOA, I, 85, pág. 123.

para el ordenamiento jurídico en general.⁴² Además, el reconocimiento de esta posibilidad permite que la legislación positiva se haga permeable a los nuevos intereses y valoraciones que se desarrollan incesantemente en la sociedad. Es precisamente por este conducto que cobra importancia práctica el concepto de la *antijuridicidad material* y se evita una rigidización inconveniente del catálogo de las causales de justificación.⁴³

Por el contrario, los casos de inimputabilidad y exculpación deben encontrarse establecidos formalmente en la ley.⁴⁴

En atención al carácter especialmente riguroso que se reconoce al derecho penal, es preciso tener en cuenta, en todo caso, que el reconocimiento de estas fuentes mediatas de sus normas debe efectuarse en forma limitada.

En cuanto a la *jurisprudencia* y la *doctrina*, aunque son auxiliares valiosos en la interpretación de la ley penal, jamás constituyen una fuente mediata o inmediata del ordenamiento punitivo.

Respecto de la jurisprudencia, sin embargo, la cuestión actualmente es objeto de controversia. Toda una corriente teórica estima, en efecto, que la norma general se concreta en la resolución judicial específica, y es en ella en donde adquiere vigencia efectiva. El asunto, cuyo tratamiento pormenorizado escapa a los límites de esta exposición, dista de ser académico. Sobre esa base puede afirmarse incluso la irretroactividad de la aplicación de las resoluciones judiciales que alteran sustancialmente el contenido atribuido a una norma por la jurisprudencia constante.⁴⁵

Finalmente, tampoco la llamada "ley del contrato" puede constituirse en fuente del derecho penal. En consecuencia, carecen de eficacia las cláusulas en virtud de las cuales uno o ambos contratantes se someten a la imposición de una pena penal en caso de incumplir las obligaciones contraídas en virtud del pacto.⁴⁶

IV. LAS LEYES PENALES EN BLANCO

*Ley penal en blanco es aquella que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta.*⁴⁷

Este concepto se aleja, hasta cierto punto, del que suele encontrarse en la literatura nacional.⁴⁸ Sobre todo porque contiene la exigencia de que la ley en blanco determine, en general, cuál será la acción u omisión que en ciertas circunstancias especiales se castigará, y porque entre las de esta clase incluye leyes penales cuyo blanco es cerrado por normas procedentes de la misma instancia legislativa. Los

⁴² Supra, 3, III, a).

⁴³ JESCHECK, 24, 3, b), pág. 212; ROXIN, 14, 9, pág. 560 e infra, 22, IV.

⁴⁴ En el mismo sentido NOVOA, I, 85, pág. 123.

⁴⁵ Así, V. STRASSBURG, *Rückwirkungsverbot and Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, cit. III, 4, b), págs. 965 y 966. Al respecto véase infra, 10, II, h); contra ROXIN, 5, 59, págs. 165 y 166. con bibliografía.

⁴⁶ Así la escasa jurisprudencia sobre el punto. Véase ETCHEBERRY, *D. P.J.*, I, 1, págs. 1 y 2.

⁴⁷ Una exposición detallada sobre mis puntos de vista en esta materia puede encontrarse en CURY, *Contribución al estudio de las leyes penales en blanco*, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. I, N° 4, Bogotá, noviembre de 1978, págs. 7 y sigts. y *La ley penal en blanco*, cit., passim.

⁴⁸ Véase, por todos, COUSIÑO, I, 19, pág. 83, LABATUT, I, 43, pág. 40. Como en el texto ETCHEBERRY, I, págs. 83 y sigts.; GARRIDO, I, 6, I, d), págs. 89 y 90.

motivos de estas dos particularidades —una de las cuales, cuando menos, aparece ahora impuesta constitucionalmente— se encontrarán en los párrafos siguientes.

a) Fundamento del empleo de las leyes penales en blanco

Una apreciación de los problemas planteados por las leyes penales en blanco requiere tener presentes, ante todo, los fundamentos de su empleo en las legislaciones. Pues, en rigor, sería deseable que el contenido de todo precepto punitivo se encontrase en él mismo, sin que fuese preciso acudir a otras normas, incluso de jerarquía inferior, para complementarlo. Pero en la actualidad esto es imposible y, probablemente, lo seguirá siendo más y más en el futuro, a medida que se extiende la protección penal de bienes jurídicos cuya consistencia depende de relaciones cambiantes, porque se hallan sujetos a la compleja dinámica de la vida contemporánea.

Así, pues, es necesario acudir a una ley penal en blanco, en primer lugar, cuando el legislador advierte que la materia sobre la cual versan las prohibiciones y mandatos puede experimentar cambios sucesivos, acelerados e impredecibles, a causa de que se encuentra referida a relaciones complejas y muy sensibles a las variaciones de situaciones diversas e interdependientes. Este es, por ejemplo, el caso de las normas que sancionan delitos tales como los cambiarios, los tributarios (delitos fiscales) y otros semejantes. Del mismo modo se requiere también de una ley en blanco cuando se estima oportuno amenazar con la misma pena una variedad de conductas, normadas orgánicamente en un texto legal extrapenal o, de manera dispersa, en varios de ellos.

El legislador debe cuidarse, sin embargo, de la tentación de echar mano a leyes penales en blanco para castigar, sin residuo, todas las infracciones a las normas reglamentarias o legales que regulan una institución, actividad o relación. Esto suele conducir a un desperdicio deteriorante del instrumento punitivo. Además a injusticias, pues el disvalor de los distintos ilícitos alcanzados por la sanción es, a menudo, diferente, y esta disparidad no puede ser aprehendida por la ley en blanco, salvo si acude a una inaceptable indeterminación de la pena. La economía legislativa no debe confundirse con la pereza ni con el afán reprobable de castigarlo todo.

Las hipótesis descritas precedentemente son las únicas en las que debe recurrirse al procedimiento de dictar leyes en blanco.

b) Clasificación de las leyes penales en blanco

Es bastante frecuente en la literatura distinguir las leyes penales en blanco propias de las impropias. Al primer grupo pertenecen aquéllas en que "el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa".⁴⁹ Al segundo, las que están complementadas por una ley distinta, pero de igual o superior jerarquía. De acuerdo con este criterio, las únicas que presentan auténticos

⁴⁹ MEZGER, I, 24, III, pág. 397.

problemas son las leyes en blanco "propias". Las otras, por el contrario, son una simple aplicación de técnicas legislativas sin gran trascendencia práctica.⁵⁰

En mi opinión, este punto de vista es incorrecto.

Desde luego, la mayor parte de los problemas técnicos generados por la ley en blanco se presentan cuando el complemento se encuentra abandonado tanto a una norma del mismo rango como a una instancia legislativa de jerarquía inferior. Así, por ejemplo, los que surgen si la disposición integrativa no se dicta o se deroga después de que la ley en blanco ha entrado en vigencia⁵¹ y los que provoca su modificación.

De igual manera, las cuestiones suscitadas por el error de prohibición que recae sobre el contenido o la existencia del precepto complementario son semejantes en ambos casos, aun cuando exista, naturalmente, la posibilidad de solucionarlos en forma diferente.⁵²

Pero, además, contra lo que parece ser la opinión dominante entre nosotros, también puede ponerse en duda que en las llamadas leyes en blanco impropias el *nulla poena* esté completamente a salvo, en especial cuando la disposición complementaria se encuentra en una norma extrapenal. En efecto, a esas leyes no se exige una determinación rigurosa del hecho que sancionan como la que se espera de las punitivas. Más bien se piensa que técnicamente es deseable acentuar su generalidad, evitando así lagunas en la regulación de la institución respectiva. Por otra parte, si a pesar de todo se presentan algunos vacíos, el juez cuenta con la posibilidad de recurrir a la analogía y otros medios de integración para superarlos, cosa que el derecho penal no admite, excepto dentro de límites circunscritos.⁵³ Todo lo cual complica la interpretación y aplicación de la ley penal en blanco impropia, poniendo en peligro al principio de reserva.

En realidad, cuando se sostiene que las leyes en blanco "impropias" constituyen un puro arbitrio técnico, no se tiene en cuenta el verdadero significado del principio de reserva. Como éste es una premisa válida para todo el sistema de normas punitivas, las condiciona no sólo en cuanto les exige formas más precisas, sino, sustantivamente, porque las somete a un régimen de interpretación más estricto, que circunscribe la materia de sus mandatos y prohibiciones. Por consiguiente, cuando una ley penal remite la determinación de estos últimos a disposiciones situadas en otros ámbitos del ordenamiento, introduce un cuerpo extraño en la estructura del derecho criminal que provoca, necesariamente, dificultades a su organización y funcionamiento.⁵⁴

El hecho de que el precepto complementario proceda formalmente de la misma instancia legislativa no es, pues, decisivo, y, a mi juicio, las leyes penales en blanco de ambas categorías deben ser examinadas conjuntamente; sin perjuicio, claro está, de acentuar las diferencias indispensables cuando lo exija la naturaleza de las cosas.

Las leyes en blanco impropias pueden ser, a su vez, con *reenvío interno* (el complemento se confía a otro artículo del mismo texto legal) o *externo* (la disposi-

⁵⁰ JIMENEZ DE ASUA II, 618, págs. 349 y sigts.; NOVOA, I, 83, pág. 121, quien ni siquiera aprecia una ley en blanco cuando se trata de las impropias. Con reservas, COUSIÑO, I, 19, pág. 86.

⁵¹ En el mismo sentido, COUSIÑO, I, 19, pág. 86, nota 8.

⁵² *Infra*, 28.

⁵³ *Infra*, 8, IV, c) y VI.

⁵⁴ Véase, con detalle, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 10, a), págs. 40 y sigts.

ción complementaria se encuentra en otra ley formal). Unas y otras generan problemas semejantes⁵⁵, aunque cuando la remisión se efectúa entre disposiciones de una normativa prevalentemente penal (Código Penal o leyes complementarias del mismo) las dificultades se atenúan.

c) Las leyes penales en blanco y el principio de legalidad

Como ya se ha dicho, el problema principal (no el único) suscitado por las leyes penales en blanco se refiere a su constitucionalidad⁵⁶ o, dicho de manera más general, de su compatibilidad con el principio *nulla poena*. En efecto, la cuestión radica en decidir si esas normas satisfacen la exigencia de que las conductas delictivas deben encontrarse descritas y las penas correspondientes establecidas en una ley penal previa, escrita y estricta. Para lo cual no basta comprobar que ellas constituyen una necesidad impuesta por la realidad legislativa de nuestra época⁵⁷, pues de ese hallazgo a lo sumo podría deducirse que es preciso consagrarlas *aunque vulneren el principio de reserva*, pero no que se adecuen a sus exigencias.

Para una parte de la literatura, el problema es más aparente que real, pues desde que la ley penal en blanco se remite al precepto complementario, el contenido de éste se incorpora al de aquélla, integrándose a su estructura y adquiriendo su mismo rango y calidad. Por consiguiente, el principio *nulla poena* permanece a salvo: las leyes en blanco sólo constituyen una excepción "aparente" a su vigencia.⁵⁸

Este criterio, que desde el punto de vista lógico parece impecable, se encuentra sometido, en mi opinión, a reparos materiales y prácticos, aparte de que, en el presente, no podría compatibilizarse con la disposición del art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980.⁵⁹

El principal consiste en que de esta manera el *nulla poena* se formaliza de tal manera que cesa de cumplir la función de garantía en la cual radica su fundamento. En efecto, el principio de reserva tiene por objeto primordial asegurar que los ciudadanos sepan, con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya ejecución a omisión, según el caso, trae aparejada la imposición de una pena. Para que cumpla ese cometido, la ley debe proporcionar los antecedentes necesarios sobre lo que es mandado o prohibido, pues sólo de este modo el súbdito estará enterado de lo que puede hacer o abstenerse de hacer. Al *nulla poena* no le basta con que una ley haya erigido ciertas conductas en delito, si no da cuenta, al propio tiempo, de cuáles son ellas mediante una descripción de sus rasgos esencia-

⁵⁵ *Ibid.* Otra opinión en SCHMIDTHAUSER, 3, 47, pág. 91. Asimismo antes CURY, I, I, 7, IV, b), pág. 135.

⁵⁶ ETCHEBERRY, I, págs. 84 y sigts.

⁵⁷ *Supra*, a).

⁵⁸ COUSIÑO, I, 19, págs. 83 y 85; MEZGER, I, 24, III, pág. 397: "Desde el punto de vista penal es irrelevante esta especial forma de legislación penal en blanco" "El necesario 'complemento' es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal". En el mismo sentido, pero con limitaciones impuestas por su sistema legal, JESCHECK, 12, III, 2, pág. 98.

⁵⁹ Conviene precisar que el criterio de COUSIÑO a que remite la nota anterior fue expuesto antes de la aprobación de este nuevo texto constitucional.

les. Naturalmente esto puede hacerlo también remitiéndose a esquemas trazados en otros textos legales, incluso de jerarquía inferior, pero siempre que ellos satisfagan los requisitos indispensables para dar certeza a los destinatarios respecto a lo que está impuesto o vedado. Por esto, nadie aceptaría una ley en blanco que amenace con una pena a quien infrinja "cualquier disposición contenida en un decreto supremo del Presidente de la República", a causa de que significaría crear un desconcierto general sobre la consistencia de los ilícitos punibles; y, sin embargo, también en este caso podría afirmarse que la excepción al *nulla poena* sólo es aparente, pues existe una ley "previa, escrita y estricta" que, al referirse a ellos en esa forma, incorporó a su contenido el de todos los decretos supremos que haya dictado el Presidente de la República.

El propio COUSIÑO, no obstante sostener el criterio a que me estoy refiriendo, subraya que el "verdadero reparo" a las leyes penales en blanco está en la incertidumbre en que dejan a los habitantes sobre la licitud o ilicitud de sus actos.⁶⁰ Pero siendo así, el principio de reserva no puede considerarse servido sólo porque "el precepto o hipótesis de hecho siempre tiene un origen legal, aunque se lo defina en documentos administrativos, dictados mediante autorización de la ley".⁶¹

Por otra parte, tampoco es aceptable resignarse a la evidencia de que la ley en blanco constituye una "clase especial" de leyes penales que "no satisfacen totalmente las exigencias" del *nulla poena*.⁶² Puesto que éste se encuentra consagrado en la Carta Fundamental, una norma que *no lo satisfaga totalmente* debe considerarse, sin más, inconstitucional.

El problema es actualmente más agudo, porque el inc. octavo del N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980 pareciera vedar la posibilidad de consagrar una ley penal en blanco. En efecto, con arreglo a tal norma, "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella", y esto, naturalmente, sugiere la idea de que se halla prohibida para esos efectos la remisión a otras disposiciones, sobre todo si ellas son de una jerarquía inferior. Este criterio, por otra parte, fue defendido por una considerable mayoría de los miembros de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución, de conformidad con cuyo punto de vista la disposición tenía por objeto y significaba la proscripción de toda ley penal en blanco.⁶³

En mi opinión, éste es uno de aquellos casos en que la voluntad del autor de la ley no coincide con la de esta última, pues el inc. octavo N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980 no excluye la posibilidad de sancionar una ley en blanco, sino que tan sólo la limita, subrayando más bien el *principio de tipicidad*. Sin embargo, no cabe duda de que, frente al tenor de ese precepto, es preciso enfatizar las exigencias que deben dirigirse a esta clase de normas si se quiere preservar su constitucionalidad.

A mi juicio, para alcanzar una solución satisfactoria es preciso contemplar las leyes en blanco a la luz de las exigencias materiales que yacen en la esencia del

⁶⁰ COUSIÑO, I, 19, pág. 85.

⁶¹ Idem.

⁶² Así, entre otros, NOVOA, I, 83, págs. 119 y 120, a quien pertenece la cita del texto. (El destacado es mío).

⁶³ Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399, pág. 3151.

principio *nulla poena*. Esto significa que ese género de disposiciones sólo es aceptable cuando reúne características capaces de asegurar al ciudadano el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una pena penal. Así como que el núcleo de éstos ha sido decidido inmediatamente por los representantes de la voluntad soberana del pueblo: para lo cual, en cumplimiento del mandato expreso contenido en el art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980, es preciso respetar ciertos requisitos que importan limitar el arbitrio del legislador al dictarlos.⁶⁴

1) La ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionada con una pena, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá.

Como se ha expresado, el fundamento práctico del *nulla poena* se encuentra en la necesidad de garantizar al ciudadano que lo amenazado con una sanción punitiva se hallará siempre determinado en una ley formada con arreglo a los procedimientos establecidos constitucionalmente a ese efecto y recibido la publicidad consiguiente. Sin embargo, la ley puede cumplir dicha función sin ofrecer por sí misma una descripción pormenorizada de las circunstancias en que la acción a omisión dada será objeto de castigo. Para ello le basta con alertar al súbdito sobre el hecho de que tal o cual acción u omisión puede llegar a estar sancionada con una pena si se la realiza bajo ciertos presupuestos que se encuentran precisados o llegarán a estarlo en una norma distinta, de igual o inferior jerarquía.

Esta "puesta en guardia" es, además, una invitación a informarse sobre la norma complementaria, cuyo contenido, por otra parte, queda de esta manera rigurosamente circunscrito, de suerte que no podría sorprender al súbdito. De este modo, por último, se satisface la exigencia del art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980, con arreglo al cual la conducta —pero no, necesariamente, los presupuestos de su punibilidad— debe estar expresamente —pero no, necesariamente, de manera agotadora— descrita en la propia ley que consagra la pena respectiva.⁶⁵

Cuando, por el contrario, el blanco de la ley se extiende incluso a la acción u omisión respectiva, de suerte que ella se limita a castigar la infracción de ciertas normas contenidas en otras leyes, su adecuación al *nulla poena* y, por ende, su constitucionalidad, son cuestionables. Con este procedimiento, efectivamente, se deja al ciudadano en la incertidumbre sobre lo que puede o no hacer. Y eso no tanto porque si el complemento se encuentra en un precepto de jerarquía legislativa inferior cesa de regir a su respecto la presunción de conocimiento de la ley⁶⁶—cosa que no me parece del todo exacta⁶⁷—, sino a causa de consideraciones que afectan a toda disposición de reenvío, cualquiera sea su origen.

El reparo principal deriva de que, en atención a su finalidad y funciones, las disposiciones extrapenales no describen conductas sino que se limitan a establecer reglas de cuyo cumplimiento depende la validez o los efectos jurídicos de los actos o situaciones a que se refieren. A causa de esto, su infracción puede adoptar, generalmente, una multiplicidad de formas insospechadas, muchas de las cuales, además, surgirán de interpretaciones que, sien-

⁶⁴ Una exposición pormenorizada de estos requisitos en CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 17 a 29, págs. 68 a 105.

⁶⁵ Respecto al grado de precisión que se debe exigir a la descripción de la conducta. CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 18, págs. 68 y sigs.

⁶⁶ Así, COUSIÑO, I, 19, pág. 85.

⁶⁷ *Infra*, 28.

do legítimas a su respecto, no lo son cuando se trata de establecer el sentido de un precepto punitivo, porque crean una zona de incertidumbre, sometiendo la libertad de los ciudadanos a un riesgo intolerable.

Un ejemplo de las consecuencias aberrantes a que puede conducir una ley en blanco de esta clase, no obstante servirse de un reenvío interno, lo proporciona el art. 125 de la Ley General de Ferrocarriles, de conformidad con el cual "las infracciones (de esa ley), cometidas con voluntad criminal (!) que no tengan pena especial señalada, serán castigadas con *presidio menor en su grado máximo*, y multa... por denuncia de los inspectores, de los pasajeros, o a solicitud del ministerio público". No se necesita ahondar en la interpretación de semejante disposición para comprender que, con arreglo a ella, cualquiera puede verse expuesto a la imposición de una pena privativa de libertad severa por haber incurrido en el quebrantamiento de regulaciones triviales del tráfico ferroviario, cuya extensión y significado son prácticamente imprevisibles.

El hecho de que la ley formal no necesita determinar todos los detalles del hecho punible se deduce también de la historia del art. 19, N° 3°, inc. octavo de la C.P.R. En efecto, con arreglo a las actas de la comisión que redactó el proyecto, la norma disponía originalmente que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *completa* y expresamente descrita en ella". No se conocen los motivos por los cuales más tarde el texto fue modificado y adoptó la redacción actual, pero es evidente que en ésta se abandonó la exigencia de que la descripción fuera, además de expresa, *completa*.

2) Cuando la ley en blanco se remite a una norma legislativa de inferior jerarquía, debe determinar por sí misma la sanción aplicable; a aquélla sólo puede abandonar la precisión de las circunstancias bajo las cuales la conducta será castigada.

Este asunto es debatido.⁶⁸ En mi opinión, sin embargo, no debiera prestarse a dudas.

En primer lugar, no existen motivos prácticos que justifiquen una renuncia del legislador a precisar por sí mismo los marcos penales correspondientes a cada delito. Que la descripción de una parte del tipo sea confiada a órganos legislativos más ágiles puede comprenderse porque, como se explicó, las circunstancias de las cuales depende el disvalor de una conducta suelen ser mudables y su determinación legal complicada, de manera que no existe otro recurso viable para hacerse cargo de ellas. Los límites de la pena amenazada, en cambio, pueden ser establecidos por el legislador en forma de habilitar a la jurisprudencia para hacerse cargo de las modificaciones que experimenta la valoración social de las conductas incriminadas, conservando, con todo, incólume la garantía de que en ningún caso la sanción a la cual está expuesto el ciudadano podrá sobrepasar ciertos márgenes o adoptar características insospechadas.

No obstante, el peor reparo que puede dirigirse al empleo de este procedimiento radica en que cuando la ley remite la facultad de establecer las penas a una instancia legislativa de jerarquía inferior, no dispone de recurso alguno para prevenir excesos y arbitrariedades.

⁶⁸ Véase, por todos, JIMÉNEZ DE ASUA, II, 618, e), pág. 353; así también LABATUT, 43, pág. 40; como en el texto POLITOFF 4, 1, a), págs. 105 y 106.

Para evaluar el riesgo que significa entregar a una autoridad administrativa la facultad de precisar la pena, es necesario tener en cuenta que éstas, aun con las mejores intenciones, suelen ser proclives a efectuar inconvenientes despliegues de severidad. Esto obedece, en parte, a que a menudo se encuentran demasiado próximas a los efectos inmediatos de la conducta reprobada, a causa de lo cual se inclinan a magnificarla; además, a que, por la inversa, carecen de perspectiva suficiente para apreciar la globalidad de las valoraciones ejecutadas por el legislador y, por consiguiente, de las proporciones que recíprocamente deben guardar entre sí; en fin, a que la índole de sus funciones las inclina a conceder excesiva importancia a la prevención general, descuidando, en cambio, las otras misiones de la pena y su incidencia en la determinación de sus magnitudes relativas.

CASABO ha sugerido que, quizás, en estos casos la seguridad jurídica quedaría a salvo si la ley cuida de "señalar los límites máximos" para la pena a determinar.⁶⁹ Pero esto me parece incierto, pues, o bien el límite se coloca demasiado alto, y entonces el margen de elección es tan amplio que la restricción no constituye garantía para el súbdito, o bien se lo sitúa muy abajo, y en ese caso parece inútil entregar una posibilidad de alternativa a la administración, cuando sería preferible ofrecerla directamente a la judicatura mediante el establecimiento de un marco penal flexible.

Todas estas consideraciones, en suma, conducen, a mi juicio, a impugnar la constitucionalidad de estas leyes penales en blanco "al revés"⁷⁰, pues constituyen una infracción a los fundamentos materiales del *nulla poena*. Finalmente, debe tenerse en cuenta que en el art. 19 N° 3° inc. séptimo de la C.P.R. en donde se consagra el principio, su vigencia se afirma de manera absoluta: toda pena debe estar "señalada" en una ley.

3) Las normas complementarias de la ley penal en blanco deben recibir una publicidad semejante a la de ésta, aun cuando se encuentren consagradas en un instrumento legislativo de jerarquía inferior que, en otras circunstancias, no estaría sometido a ese trámite. En la práctica, esto significa que deben ser publicadas en el Diario Oficial.

Como es evidente, sólo de esta manera cobra sentido la advertencia contenida en la ley en blanco, franqueando al ciudadano la posibilidad de informarse, por los conductos en que acostumbra hacerlo, sobre cuáles son las formas de la conducta prohibidas y permitidas respectivamente.⁷¹

4) El órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional.

Cuando menos, este criterio debe considerarse válido en los Estados unitarios, así como en aquellos que, no obstante su organización federal, confían la dictación de normas penales sólo al Poder Legislativo central. En ellos, efectivamente, los ciudadanos están acostumbrados a que los mandatos o prohibiciones cuya infracción se amenaza con una sanción punitiva rijan sobre la totalidad del territorio nacional, de suerte que, dondequiera se hallan, las cosas que pueden o no hacer son las mismas o, por lo menos, han sido determinadas por una misma autoridad legislativa con unidad de criterio. Por consiguiente, la ley los sorprende de una manera inaceptable cuando entrega la facultad de llenar el blanco a organismos

⁶⁹ CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, 23, 1, pág. 29.

⁷⁰ Con este nombre las designa JIMENEZ DE ASUA, II, 618, e), pág. 353. Así también COUSIÑO, I, 19, pág. 85; ETCHEBERRY, I, pág. 86, el cual, al parecer, las considera, como en el texto, inaceptables.

⁷¹ En el mismo sentido, COUSIÑO, I, 19, pág. 85; ETCHEBERRY, I, pág. 86; POLITOFF 4, 1, a), pág. 105.

administrativos o legislativos regionales, provinciales, departamentales, comunales o de cualquier otra índole semejante, pues eso significa exponerlos a encontrarse con la extraordinaria situación de que en ciertos lugares del país se considera lícito lo que en otros está permitido, y viceversa.

Por supuesto, nada obsta a que, en determinadas circunstancias, el legislador atienda a las peculiaridades de una zona determinada y consagre la tipicidad de una conducta sólo cuando se la ejecuta dentro de ella. De hecho este recurso suele emplearse con relativa frecuencia. Pero ese procedimiento es distinto del de una ley penal en blanco que, al remitirse a preceptos emanados de instancias legislativas territorialmente circunscritas, se incorpora un contenido variable, cuyo sentido se altera cada vez que el ciudadano traspone determinados límites regionales. Así, por ejemplo, no hay inconveniente alguno para que la norma castigue al que trafique con una cierta sustancia en aquellas zonas del país que un decreto del Presidente de la República precisará. En cambio, es intolerable la ley que sanciona a quien ejerce el comercio ambulante infringiendo los reglamentos dictados al respecto por las municipalidades. Mientras en el primer caso los súbditos sabrán con exactitud, tan pronto se dicte el decreto supremo, que la conducta descrita puede ejecutarse en algunos lugares y se encuentra prohibida en otros, así como cuáles son éstos, en el segundo pueden enfrentarse, estupefactos, al hecho de que precisan conocer centenares de reglamentos para saber lo que va siendo permitido a medida que se desplazan por las distintas comunas del país.

Con arreglo a lo expuesto, también es inadmisibles la ley en blanco que abandona el complemento a "una orden que obliga la conducta de un sujeto determinado en un caso concreto".⁷² Esta situación involucra, más que una violación al *nullum crimen*, una infracción al principio de igualdad ante la ley, y al respecto parece existir acuerdo unánime.⁷³

Aunque el asunto se ha discutido poco, en general parece no haber inconveniente para que el complemento de la ley en blanco se encuentre en una ley extranjera⁷⁴ o —cosa que en el presente puede llegar a ser más frecuente— en normas de carácter internacional con vigencia supraestatal.⁷⁵ Con todo, es preciso enfatizar que, en tales casos, la ley en blanco sólo cobrará vigencia plena una vez que la norma extranjera o internacional a la cual se remite haya recibido la publicidad interna correspondiente, de conformidad a lo expuesto precedentemente.

Lo expresado en el párrafo anterior vale, asimismo, para aquellos casos en que la ley en blanco se remite a un tratado, en cuyo caso requiere, además, el cumplimiento de los otros requisitos establecidos constitucionalmente para la validez de dicho instrumento en el territorio de la República.

5) Puesto que el contenido de la norma complementaria integra el tipo de la ley en blanco, rige para ella la exigencia de determinación del hecho.⁷⁶ Es decir, ella debe precisar, tanto como le sea posible, los contornos de lo que está prohibido, describiéndolo, conjuntamente con la ley en blanco, de manera pormenorizada. Asimismo, debe someterse a los límites que le han sido fijados por la norma en blanco en

⁷² MAGGIORE, I, pág. 148.

⁷³ NOVOA, I, 83, pág. 121, aunque comparte la afirmación, no le atribuye las consecuencias destacadas en el texto. Esto se debe a que interpreta la noción de "orden" en una forma distinta, como se deduce de los ejemplos que propone. Sobre lo que se entiende por orden, véase RAFAEL MACKAY, *El delito de desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile*, Santiago, 1965, 50, págs. 103 y sigs.

⁷⁴ Asf. MEZGER, I, 24, III, pág. 397.

⁷⁵ Una exposición sobre el desarrollo de esta clase de normas y su creciente importancia para el derecho penal del futuro, puede encontrarse en JESCHECK, 2, I, 2, págs. 9 y 10 y 14, págs. 103 y sigs.

⁷⁶ *Infra*, 16, III, b), ff).

relación con la extensión de la prohibición o mandato y la naturaleza del bien jurídico al que aquélla se propone dar protección, especialmente cuando emana de una instancia legislativa de inferior jerarquía.⁷⁷

Con respecto a los problemas de interpretación de la ley en blanco y su complemento, *infra*, 8, VII. En relación con sus efectos temporales, *infra*, 10, II, f, *in fine*.

§ 8. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN EN GENERAL

a) Interpretar, en sentido estricto, significa *comprender*, esto es, "un proceso espiritual [...] mediante el cual un espíritu pensante responde al mensaje de otro espíritu, que le habla a través de formas representativas".⁷⁸

Conforme a esto, la interpretación es una forma de conocimiento que presenta la particularidad de suponer tres términos: la manifestación espiritual, la forma representativa a través de la cual aquélla se exterioriza y el intérprete. Esto provoca dificultades, pues como la manifestación espiritual cuyo sentido se trata de aprehender sólo es accesible al intérprete a través de la intermediación de la forma representativa empleada para expresarla (lenguaje oral o escrito, lenguaje musical, representación plástica, actuación, etc.), la posibilidad de comprensión de aquélla está determinada por la mayor o menor perfección del instrumento empleado a fin de exteriorizarla y por la mayor o menor corrección con que su autor se haya valido de él. A causa de esto puede llegar a suceder, incluso, que lo *manifestado* difiera de lo *pensado* por el autor, cosa que tratándose de la interpretación de la ley suscita problemas de gran significación, aparte de que se ve aún más complicada por otras peculiaridades de ella.⁷⁹

Con arreglo a lo expuesto, la interpretación en sentido riguroso sólo se da cuando se trata de "saber" el sentido de una manifestación del espíritu humano. Los procesos puramente causales que ocurren en la naturaleza se conocen, pero no requieren ser interpretados. Salvo, por supuesto, que se les atribuya un significado como expresiones de un "espíritu universal", según sucede con las corrientes de pensamiento panteísta. Pero la discusión de estos puntos de vista escapa a la presente exposición. En lo demás, sólo en sentido metafórico puede hablarse de una "interpretación" de los fenómenos causales.

Vale la pena subrayar que, en contraste con lo que a menudo se cree entre los juristas, las leyes son únicamente unas de entre las múltiples manifestaciones del espíritu humano que requieren de interpretación.⁸⁰ No sólo el texto sagrado, la obra literaria y la de arte en general tienen que ser "entendidos", sino también el acontecimiento histórico o la conducta práctica de un hombre cualquiera.

⁷⁷ Para mayores precisiones, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 22 a 26, págs. 88 y sigs.

⁷⁸ EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, I, pág. 95.

⁷⁹ *Infra*, II, c.

⁸⁰ Así lo destaca SCHMIDTHAUSER, 5, 29, pág. 80.

b) La interpretación en general puede clasificarse, atendiendo a su finalidad, en *cognoscitiva, reproductiva y normativa*.⁸¹ La primera tiene por objeto la comprensión del sentido de la manifestación espiritual para el solo efecto de su conocimiento exacto, como ocurre, especialmente, con la interpretación filológica y la histórica; la segunda implica "hacer entender" a otros mediante la re-presentación de la manifestación espiritual, realizada por el intérprete como intermediario (interpretación musical, teatral, etc.); la tercera obedece a la finalidad de entender para mantener la vigencia de una norma de conducta (mandato o prohibición) destinada a la regulación de los valores imperantes en una sociedad (interpretación teológica, jurídica, etc.).

Naturalmente, la interpretación de la ley en vigor es de carácter *normativo y constituye* el motivo de nuestro interés actual. Sin embargo, puede haber también una interpretación de la ley puramente cognoscitiva, cuando se trata de precisar el sentido de las normas pertenecientes a un sistema jurídico histórico, como, por ejemplo, del derecho romano. Que la metodología aplicable en uno y otro caso ha de ser distinta, debiera resultar más evidente de lo que suele serlo en la práctica docente de esas disciplinas.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN GENERAL

a) De acuerdo con lo expuesto, interpretar la ley significa comprenderla.

Procurando precisar algo más esta idea, entre nosotros suele decirse que la interpretación de la ley implica fijar "su sentido y alcance". En mi opinión, la formulación no es del todo afortunada, porque supone desdoblarse una actividad que, por su naturaleza, sólo puede realizarse en forma *indivisible*. Lo que pareciera sugerir es que la interpretación debe determinar el contenido normativo de la disposición y la extensión de los casos a los cuales ella se propone afectar con sus mandatos o prohibiciones. Pero estas dos operaciones se hallan en una relación de dependencia tan inextricable que no es posible independizarlas ni siquiera conceptualmente. Un mandato o prohibición sólo tiene "sentido" en cuanto se encuentra referido a cierto círculo de casos, de tal modo que la precisión del "alcance" de la ley es una precondición para el establecimiento de su significado. Por eso aquí he preferido prescindir del concepto tradicional, que, según temo, se presta además para esquematismos y simplificaciones inconvenientes.

Puesto que la vigencia misma de toda ley depende de su comprensión, ya que sólo después de ella los destinatarios estarán en situación de acatarla y aplicarla, la teoría de la interpretación de la ley excede con mucho el campo del derecho penal. Pero como, a su vez, la interpretación de la ley penal se rige en lo fundamental por los mismos principios que la de la ley en general, resulta indispensable hacer aquí algunas precisiones que incluso permitirán entender mejor varias de las peculiaridades referentes a la comprensión de las disposiciones penales en particular.

⁸¹ BETTI, op. cit., I, 21°, págs. 347 y sigs. El autor denomina a la primera interpretación "*meramente cognoscitiva*", término que seguramente es más expresivo que el empleado en el texto, pero, por desgracia, carece de un correlato exacto en lengua española.

b) Como ya se ha dicho en el apartado precedente, la aplicación de la ley presupone su interpretación.⁸² En efecto, sólo cuando el sentido de la norma ha sido precisado es posible decidir si es apropiada al caso concreto que se trata de resolver y cómo lo soluciona.

Contra esta opinión se ha sostenido que, en el caso de leyes con un sentido perfectamente claro, la interpretación resulta innecesaria y la aplicación puede efectuarse de inmediato.⁸³ Pero el error de este criterio es perceptible si se piensa que ya para afirmar la claridad de la norma ha sido preciso interpretarla, pues sólo después de haberla comprendido se puede decir de ella que su sentido es fácilmente accesible. Por supuesto, hay casos en que la tarea hermenéutica es —o, por lo menos, parece— sencilla, de suerte que el sentido de la disposición se aprehende con tanta rapidez que pareciera no requerir esfuerzo de comprensión alguno. Pero esto no es sino aparente, pues hasta en los casos extremos —y, por cierto, más bien raros— en los que ocurre así, el entendimiento depende de todo un acervo cultural adquirido previamente por el intérprete, el cual es puesto al servicio de la comprensión en forma automática pero siempre susceptible de ser distinguida y reconocida como anterior al acto de aplicación.

Así, pues, *toda ley necesita ser interpretada*, pues sólo después de ello puede aplicársela y, consiguientemente, cumplir su función de regular la vida social.

En algunos períodos históricos se ha producido una tendencia a combatir la interpretación de manera radical, prohibiéndola, incluso, en forma expresa, como lo hiciera Justiniano respecto del *Digesto*. Muchos siglos más tarde, BECCARIA la impugnó desde un punto de vista teórico, sosteniendo que "la autoridad de interpretar las leyes penales [no] puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores."⁸⁴ Por este motivo exigía que el magistrado se limitara a efectuar un silogismo perfecto en el que la premisa mayor debía ser la ley general, la menor la acción conforme o no con la ley y la consecuencia la libertad o pena, pues consideraba que "cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aun que sea dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre".⁸⁵

Es curioso destacar que este tipo de opiniones se ha generado en consideraciones políticas antagónicas. En efecto, la prohibición de interpretar el *Digesto*, o el disgusto de Napoleón al conocer los primeros comentarios al Código Civil francés⁸⁶, se funda en el temor del autócrata de ver debilitada su autoridad por los resultados de la labor hermenéutica. Al contrario, la concepción de BECCARIA está inspirada en el deseo de impedir que una "justicia de gabinete", puesta al servicio del poder, desnaturalice las expresiones de la voluntad soberana manifestada a través de la representación legislativa. En ambas situaciones se espera preservar por este medio el imperio de la voluntad de un legislador a cuya declaración se atribuye la capacidad de mantener por sí sola un tipo de organización social en la cual se advierten ventajas aparentemente insuperables.

Prescindiendo por ahora de consideraciones materiales sobre la validez y practicabilidad de tal pretensión⁸⁷, lo cierto es que ella resulta insostenible incluso desde un punto de vista formal. Así, en efecto, si se acepta una proposición como la de BECCARIA, se tropezará con

⁸² COUSIÑO, I, 23, págs. 97 y 98; ETCHEBERRY, I, pág. 97; GARRIDO, I, 6, III, págs. 91 y 92; GARCIA MAYNES, *Lógica del raciocinio jurídico*, México-Buenos Aires, 1964, pág. 32; POLITOFF, 4, 2, pág. 119; LABATUT, I, 97, pág. 45.

⁸³ NOVOA, I, 94, pág. 134.

⁸⁴ BECCARIA, IV, pág. 75.

⁸⁵ BECCARIA, IV, pág. 76.

⁸⁶ Cfr. SOLER, *Interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, I, pág. 8, que alude también a la prohibición de interpretar el Código de Baviera.

⁸⁷ Sobre ello véase una sucinta discusión, infra, c), especialmente aa).