

Claus Roxin

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA
DE LA TEORIA DEL DELITO

Traducción y notas

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
JAVIER DE VICENTE REMESAL

CIVITAS

§ 5. El principio de legalidad en relación con la interpretación y la vigencia temporal de las leyes penales

Bibliografía: v. Liszt, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Mitteilungen der IKV, t. 4, 1893 (= Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 1905 [reimpr. 1970], t. 2, 75); Stenglein, Gelegenheitsgesetze, DJZ 1900, 107; Traeger, Die zeitliche Herrschaft des Strafgesetzes, VDA, 1908, t. VI, 317; Schottlander, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: "nulla poena sine lege", 1911; Mezger, Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, ZStW 42 (1921), 348; Bohne, Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, Lehmann-FS, 1937, 71; v. Weber, Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht, ZStW 56 (1937), 653; Germann, Methodische Grundfragen, 1946; H. Mayer, Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947, 12; Jost, Zum Analogieverbot im Strafrecht, SchwZStr 65 (1950), 358; J. de Asúa, Nullum crimen, nulla poena sine lege, ZStW 63 (1951), 166; Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953; H. Mayer, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, en: MatStrRef., I, 1954, 259; K. Peters, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen StGB zu regeln?, en: Verhandlungen des 41. DJT, 1955, I, vol. 2, 1; Waiblinger, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege", Schweizer Juristenverein-FS, 1955, 212; Baumann, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, 394; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (eds.), Die Grundrechte, t. III, vol. 2, 1959, 909; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; Claß, Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, 122; Hardwig, Berücksichtigung der Änderung eines Strafgesetzes in der Revisionsinstanz bei Vorliegen eines rechtskräftigen Schuldspruchs, JZ 1961, 364; Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961; Meyer-Ladewig, Der Satz nulla poena sine lege in dogmatischer Sicht, MDR 1962, 262; Warda, Dogmatische Grundklagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; Woensner, Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963, 273; Gründwald, Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege, ZStW 76 (1964), I; Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 (= Grundlagenprobleme, 184); Schnur (ed.), Zur Geschichte der Menschenrechte, 1964; Baumann, Der Aufstand des schlechten Gewissens, 1965; Gründwald, Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, 521; Seel, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege (Art. 103 II GG), tes. doct. München, 1965; Bopp, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes im Sinne des Grundrechtes "nulla poena, nullum crimen sine lege", tes. doct. Freiburg, 1966; Diefenbach, Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 Abs. 4 StGB, tes. doct. Frankfurt, 1966; Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, ²1967; Küper, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967; W. Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968; Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung - Entwicklungsstufen des Grundsatzes nulla poena sine lege, 1968; Lenckner, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz, "nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249, 304; Naucke, Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot, NJW 1968, 2321; Schöckel, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur französischen Revolution, 1968; Schreiber, Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW 80 (1968), 348; Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen, 1969; Mangakis, Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 81 (1969), 997; Naucke, Vom Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, Engisch-FS, 1969, 274; Schick, Zeitgesetze, JBl 1969, 639; Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; Schroeder, Die Bestimmtheit von Strafgesetzen am Beispiel des groben Unfugs, JZ 1969, 775; Tiedemann, Tatbe-

standsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; Burian, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafrecht, 1970; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; Grunsky, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; Haffke, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, tes. doct. Göttingen, 1970; Lemmel, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; Straßburg, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung, ZStW 82 (1970), 948; Gomard, Auslegung und Analogie bei der Anwendung dänischer Wirtschaftsstrafgesetze, ZStW 83 (1971), 332; Groß, Über das "Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA 1971, 13; Kratzsch, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, 65; Bringewat, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), 585; Engisch, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Methoden der Rechtswissenschaft, Parte I, 1972, 39; Müller-Dietz, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 41; Nickel, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz "nullum crimen sine lege" (Art. 103 II GG), 1972; Buchner, Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung, Dietz-GS, 1973, 175; Maiwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Gallas-FS, 1973, 137; Naucke, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, ²1973; Schreiber, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, JZ 1973, 713; Suppert, Studien zur Notwehr und "notwehrrähnlichen Lage", 1973; Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; Dubs, Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, en: Referate zum Schweizer Juristentag 1974, 223; Meurer/Meichsner, Untersuchungen zum Gelegenheitsgesetz im Strafrecht, 1974; Tiedemann, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, Peters-FS, 1974, 193; Haft, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, 477; Kratzsch, Das (Rechts)Gebot zu sozialer Rücksichtnahme als Grenze des strafrechtlichen Notwehrrechts, JuS 1975, 435; Tiedemann, Der Wechsel von Strafnormen und die Rspr. des BGH, JZ 1975, 692; Mazurek, Zum Rückwirkungsgebot gemäß § 2 Abs. 3 StGB, JZ 1976, 233; Mohrbotter, Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze am Beispiel des § 250 StGB, ZStW 88 (1976), 923; Neumann, Der "mögliche Wortsinn" als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, en: Neumann/Rahlf/v. Savigny (eds.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, 42; Schreiber, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege, 1976; Dietz, Die Problematik der Rückwirkung von Strafgesetzen bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung, tes. doct. Frankfurt, 1977; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; Mohrbotter, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Form und Stoff bei der Änderung strafrechtlicher Rechtssätze (§ 2 StGB), JZ 1977, 53; Pieroth, Der rückwirkende Wegfall des Strafantragserfordernisses, JuS 1977, 394; Tröndle, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?, Dreher-FS, 1977, 117; Krey, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, JZ 1978, 361, 428, 465; Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978; Bottke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; Höpfel, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505, 575; Schroeder, Der zeitliche Geltungsbereich der Strafgesetze, Bockelmann-FS, 1979, 785; Schünemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Bockelmann-FS, 1979, 117; Schünemann, 17 Thesen zum Problem der Mordverjährung, JR 1979, 177; Sommer, Das "mildeste Gesetz" i. S. d. § 2 III StGB, 1979; Bruns, Richterliche Rechtsfortbildung oder unzulässige Gesetzesänderung der Strafdrohung für Mord?, JR 1981, 358; Naucke, Die Aufhebung des Analogieverbots 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, 71; Bohmert, P.J.A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982; Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, Coing-FS, 1982, t. 1, 493; Arth. Kaufmann, Analogie und Natur der Sache, ²1982; Kunert, Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes, Neue Zeitschrift für Steuerrecht 1982, 276; Naucke, Die Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, Coing-FS, 1982, t. 1, 225; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, ²1983; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; Samson, Möglichkeiten einer legislatorischen Bewältigung der Parteilosendeproblematik, wistra 1983, 235; Schroth, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im

Strafrecht, 1983; Schönemann, Die Gesetzesinterpretation, Klug-FS, t. 1, 1983, 169; Bruns, Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafgesetz, JR 1984, 133; Rüping, Blankettnormen als Zeitgesetze, NStZ 1984, 450; Schlüchter, Zum "Minimum" bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht, NStZ 1984, 300; Zippelius, Juristische Methodenlehre, ⁴1985; Baumann, Dogmatik und Gesetzgeber, Jescheck-FS, 1985, 105; Calliess, Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit, NJW 1985, 1506; Dopplaff, Wortbedeutung und Normzweck als die maßgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen, 1985; Hirsch, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Tjong-GS, 1985, 50; Jung, Rückwirkungsverbot und Maßregel, Wassermann-FS, 1985, 875; Krey, Parallelität und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Gesetzesvorbehalt, Blau-FS, 1985, 123; Loos, Bemerkungen zur "historischen Auslegung", Wassermann-FS, 1985, 123; Montenbruck, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985; Rüping, Nullum crimen sine poena, Oehler-FS, 1985, 27; R. Schmitt, Der Anwendungsbereich von § 1 Strafgesetzbuch (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz), Jescheck-FS, 1985, 223; Tiedemann, Die gesetzliche Milderung im Steuerstrafrecht, 1985; Bruns, Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzesumgehenden Täterverhaltens, GA 1986, 1; Krahl, Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1986; Lackner, Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafgesetze zu berichtigen, Universität Heidelberg-FS, 1986, 39; Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; Schönemann, Kritische Anmerkungen zur These von der strafrechtlichen Rückwirkung des Parteienfinanzierungsgesetzes 1984, en: De Boor/Pfeiffer/Schönemann (eds.), Parteispendenproblematik, 1986, 119; Schürmann, Unterlassungsstrafat und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986; Tiedemann, Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior, NJW 1986, 2475; Kirchhof, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987; Schmidhäuser, Strafgesetzzliche Bestimmtheit: Eine rechtsstaatliche Utopie, Martens-GS, 1987, 231; Baumann, Ein neues ad hoc-Gesetz zu § 125 StGB?, StrV 1988, 37; Pföhler, Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht in dogmenhistorischer Sicht, 1988; Krey, Gesetzestreue und Strafrecht. Schranken richterlicher Rechtsfortbildung, ZStW 101 (1989), 838; Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, 1989; W. Hassemer, Zeitgesetze und Gelegenheitsgesetze in strafrechtstheoretischer und kriminalpolitischer Perspektive, en: Lüderssen y otros (eds.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, 1990, 201; Kaschkat, Verfassungsrechtliche Grenzen strafrechtswirksamer Legislativtechnik, F.-W. Krause-FS, 1990, 123; Velten/Mertens, Zur Kritik grenzenlosen Gesetzesverstehens etc., ARSP 1990, 516; Wittich, Zur Analogie im chinesischen Strafrecht, Jahrbuch für Ostrecht, 1990, 437; Bernreuther, Promillegrenze - Präjudizänderung im Strafrecht und Rückwirkungsverbot, MDR 1991, 829; Hüting/Konzak, Die Senkung des Grenzwertes der absoluten Fahrunsicherheit und das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG, NZV 1991, 255; Krahl, Fahruntüchtigkeit - Rückwirkende Änderung der Rechtsprechung und Art. 103 II GG, NJW 1991, 808; Laaths, Das Zeitgesetz gem. § 2 Abs. 4 StGB unter Berücksichtigung des Blankettgesetzes, tes. doct. Regensburg, 1991; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ⁶1991; Neumann, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, ZStW 103 (1991), 331; Runte, Die Veränderung von Rechtfertigungsgründen durch Rechtsprechung und Lehre, 1991; Samson, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Altaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, 335; Schick, Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, R. Walter-FS, 1991, 625; Dannecker, Das intertemporale Strafrecht, 1992; W. Hassemer, Richtiges Recht durch richtiges Sprechen?, en: Grewendorf (ed.), Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, 71; Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, en: Battis y otros (eds.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 37; S. Jung, Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, 1992; Lorenz, Faustrecht in der Eifel - Brauchtum als Rechtfertigungsgrund, MDR 1992, 630; Lüderssen, Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichem Wandel der politischen Verhältnisse, ZStW 104 (1992), 735; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992; Schroth, Präzision im Strafrecht, en: Grewendorf (ed.), Rechtskultur als Sprachkultur, 1992, 93; Yi, Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung, 1992; Arzt, Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten im Strafrecht, Stree/Wessels-FS, 1993, 49; Grünwald, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 433; Heinrich, Die gefährliche Körperverletzung, 1993; Herrmann, Men-

schenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grenzgesetzes der DDR, NStZ 1993, 118; Jakobs, Untaten des Staates - Unrecht im Staat, GA 1994, 1.

I. No hay delito ni pena sin ley

Como ya se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger **1** al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán". Como instrumentos de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las sanciones públicas hemos visto ya el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y el principio de proporcionalidad (§ 3, nm. 58), principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras. Frente a esto, el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.

1. No hay delito sin ley

El principio "no hay crimen o delito sin ley" (*nullum crimen sine lege*) ¹ es **2** un postulado básico del Estado de Derecho, que se ha plasmado en el § 1 StGB y por su especial importancia también, y con idéntico tenor, en el art. 103 II GG, así como, con otra formulación, en el art. 7 I 1 CDH. En el § 1 StGB y el art. 103 II GG se expresa así: "Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho". Es decir: por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley. Así por ejemplo, cuando aparecieron las máquinas automáticas que funcionan con monedas, que obviamente aún no eran conocidas cuando se aprobó el StGB en 1871, algunas personas se dedicaron a perjudicar a quienes habían hecho instalar tales aparatos (v.gr. un teléfono de monedas o una báscula automática), introduciendo en la ranura, en vez de monedas auténticas, pequeñas fichas metálicas de forma similar, para poder así utilizar gratis los aparatos automáticos. Tales conductas no se pudieron castigar (RGSt 68, 65), porque el tipo de la estafa requiere, según el tenor literal del § 263, que

¹ A estos efectos el término "crimen o delito" ("*Verbrechen*") se entiende aquí en el sentido de "hecho punible", y no en su significación especial [de "delito grave"] del § 12 I.

se cree o se mantenga un error, pero un aparato no puede errar; y los §§ 146 y 248 c tampoco se ajustaban directamente a ese supuesto. Por eso el legislador se vio obligado a introducir un nuevo precepto penal (el § 265 a), que ahora abarca el uso abusivo de aparatos automáticos (“el que consiga fraudulentamente la prestación de un aparato automático”). Pero sólo se pudo castigar conforme a este nuevo precepto a los sujetos que utilizaron abusivamente aparatos automáticos **tras** la introducción del mismo, mientras que los que habían motivado la introducción del § 265 a estaban protegidos y a salvo de pena por el principio de legalidad.

- 3 Por consiguiente, el principio “no hay delito sin ley” permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal ². Por eso Franz v. Liszt denominó al Código Penal, que realmente debería servir para combatir el delito, con una fórmula exagerada pero pegadiza, “la Carta magna del delincuente” ³. Ello significa lo siguiente: que así como en su momento la “Magna Charta Libertatum” británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible **antes** del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado).

2. No hay pena sin ley

- 4 El principio “no hay delito sin ley” se completa con la fórmula “no hay pena sin ley” (*nulla poena sine lege*). Ello quiere decir que no sólo la circunstancia de que una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho. Así p.ej., por una determinada razón el legislador se podrá sentir motivado a aumentar la pena prevista para la formación de organizaciones terroristas

² A estos efectos, la pena de prisión requiere en virtud del art. 104 GG una ley formal, mientras que en las restantes penas, o sea, ante todo en las penas de multa, basta con una ley material (decretos legislativos), aunque se plantean elevadas exigencias en cuanto a la precisión de la norma de autorización. Sobre los límites constitucionales de dicha “técnica legislativa operativa en Derecho penal” cfr. la exposición que hace Kaschkat, F.-W. Krause-FS, 1990, 123, tomando como ejemplo la BtMG, que considera inconstitucional.

³ En un informe del año 1893 para la IKV (Unión Internacional de Derecho Penal) (§ 3, nm. 12), impreso en: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 (reimpr. 1970), t. 2, 75 ss. (80). La frase no sólo suena a “paradójica”, como escribió el propio Liszt (loc. cit.), sino que también es incorrecta desde el punto de vista lógico, porque quien se comporta de modo impune precisamente no es un “delincuente” (cfr. Schünemann, 1978, 1, n. 2). Pero el sentido de esa ingeniosa formulación es no obstante inequívoco.

(§ 129 a I y II); pero en tal caso los propios sujetos que han dado motivo para ello habrán de ser juzgados siempre conforme al antiguo marco penal más benigno. Y ello aún no se deriva del principio “no hay delito sin ley”, pues ya había un delito (“crimen”) en el momento de comisión del hecho; es sólo el principio “no hay pena sin ley” el que da seguridad al autor también en este punto.

No es totalmente pacífica la cuestión de si también posee rango constitu- 5 cional el principio “*nulla poena sine lege*”. Su plasmación más importante, la prohibición de agravación retroactiva de la pena, se formula expresamente en el § 2 I StGB: “La pena y sus consecuencias accesorias se determinan por la ley vigente en el momento del hecho”. Pero —a diferencia del tenor del § 1— este precepto no se reproduce en el art. 103 II GG. De ello se podría extraer la consecuencia de que una agravación posterior de la pena estaría ciertamente prohibida por el § 2 I, pero no constitucionalmente ⁴, ya que antes del hecho ha habido “punibilidad” en el sentido del art. 103 II GG.

Sin embargo la op. absolutamente dom. sostiene que la Constitución tam- 6 bién garantiza el principio *nulla poena* ⁵; y con razón, porque el concepto “punibilidad” utilizado en el art. 103 II GG se puede interpretar sin forzarlo en el sentido de que abarca tanto el “si” cuanto el “cómo” de la punibilidad. Y con dicha interpretación, la “punibilidad” tampoco estaría determinada o fijada antes del hecho si posteriormente se agravara la previsión legal de pena. De esa idea partieron en todo caso los creadores de la GG ⁶, y además esa interpretación es la única teleológicamente correcta: pues la garantía constitucional del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir. En consecuencia, si se parte de la base de que el art. 103 II GG (y correlativamente el § 1) acoge en su seno el principio *nulla poena*, entonces el § 2 sólo supone, respecto de su consecuencia más importante, a saber, la prohibición de una agravación retroactiva de la pena, una concreción clarificante en relación con la vigencia temporal de las leyes penales.

⁴ La cuestión fue muy discutida en la época de Weimar respecto del precepto del art. 116 WRV, equivalente al actual art. 103 II GG.

⁵ Cfr. solamente BVerfGE 25, 295; 45, 363, 371 ss. En época reciente sólo le siguen negando rango constitucional al principio *nulla poena*, Welzel, StrafR¹¹ [= PG, 1987; N. del T.], § 5 I 1; K. Peters, 1955, 23.

⁶ Detalladamente Schreiber, 1976, 202 ss.

II. Las cuatro consecuencias del principio de legalidad

7 Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (nm. 26 ss.); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

1. La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)

8 Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida por el art. 103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada **legalmente** la punibilidad. Por eso, en los casos de los aparatos automáticos (nm. 2) hubo que descartar la punición por aplicación analógica del precepto sobre la estafa y absolver a sus autores. Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación (para más detalles nm. 26 ss.).

2. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

9 En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede determinar **legalmente** (para más detalles nm. 45 ss.).

3. La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

10 Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o

respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente **antes** del hecho (para más detalles nm. 51 ss.).

4. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: “el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años”, convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría “legalmente **determinada**” antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si p.ej. el § 303 se formulara así: “el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado”, sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (para más detalles nm. 65 ss.).

III. Historia y vigencia internacional del principio de legalidad ⁷

El Derecho romano y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad ⁸, pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. La Constitutio Criminalis Carolina, o Peinliche Gerichtsordnung (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán ⁹, si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la “buena costumbre” y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a “casos penales inno- minados”; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales. Pero incluso esa muy limitada vinculación a la ley de la Peinliche Gerichtsordnung se volvió a suprimir en los siglos XVI-XVIII, sobre todo con la admisión de los “crimina extraordinaria”, en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar incluso sin ley por decisión judicial.

⁷ Realiza una profunda “Introducción a la historia dogmática del principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’” (“Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’”) Krey, 1983.

⁸ Detalladamente Schöckel, 1968; Pföhler, 1988.

⁹ Para los estudiantes es fácilmente asequible la Peinliche Gerichtsordnung como fascículo publicitario: Reclam-Heft n.º 2990, ed. por Radbruch/Arth. Kaufmann.

- 13** La arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello producía preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVII y del XVIII, que hizo posible la siguiente época de las codificaciones. A ese respecto aún no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que se quería (sobre todo entre los pensadores del Derecho natural alemán)¹⁰ darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces; y para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas. Pero ese deseo coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, tendentes a la autolimitación del poder estatal, y que se impusieron ampliamente en las obras legislativas de la post-Ilustración (sobre los fundamentos histórico-ideológicos cooperantes cfr. nm. 18 ss.).
- 14** El principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las Constituciones de algunos Estados federados americanos (Virginia, Maryland), a continuación en el Código Penal austríaco de José II, de 1787¹¹, en la célebre Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹², y poco después también en el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano) de 1794¹³. A partir de aquí penetra en las leyes de los Länder alemanes del siglo XIX, y en primer lugar en el StGB bávaro de 1813, redactado por Feuerbach (sobre Feuerbach cfr. § 3, nm. 22), en el que la rígida vinculación del juez a la ley aún se completaba a continuación con una prohibición expresa de los comentarios científicos (al respecto nm. 26, y para más detalles sobre la influencia de Feuerbach en el principio de legalidad cfr. nm. 22). En el StGB prusiano de 1851, que fue el antecesor del StGB de 1871 (cfr. § 4, nm. 1), se contiene el principio, en una traducción literal del art. 4 del Code Pénal francés (1810), en el § 2: “Ningún delito grave, ningún delito menos grave y ninguna falta pueden ser sancionados con una pena que no estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”. El StGB de la Federación Nordalemana y finalmente el Reichsstrafgesetzbuch (Código Penal del Reich) de 1871 asumieron (en el § 2) esa versión con pequeñas modificaciones: “Una acción sólo puede ser sancionada con una pena si esa pena estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”.

¹⁰ Sobre ello Burian, 1970.

¹¹ Muchos autores consideran que José II, como gobernante absolutista, no quería proteger la libertad del ciudadano, sino consolidar su dominio eliminando el libre arbitrio judicial (cfr. nm. 13). Pero la verdad es que en este caso se compenetran ambos objetivos; el “absolutismo se ha impuesto ya con la idea ilustrada de la legalidad” (Schreiber, 1976, 81 s., 89 ss.). El problema se plantea también de modo similar en el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano).

¹² La cuestión de si la Declaración francesa se remonta más a la influencia de las Constituciones americanas o entronca casi por completo con la filosofía de la Ilustración europea, y en especial la francesa, es objeto de una conocida polémica. Lo correcto es considerar que ambas influencias fueron relevantes. Los artículos más importantes sobre ese tema están recogidos en el volumen colectivo, editado por Schnur, “Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte”, 1964. Ofrece una síntesis Schreiber, 1976, 67 ss.

¹³ Para una síntesis al respecto, Schreiber, 1976, 83 ss.

En el art. 116 de la Constitución del Reich Alemán de 11-8-1919 (la llamada **15** "Constitución del Reich de Weimar": WRV), sin pretender una modificación del contenido¹⁴, se sustituyó el concepto de "pena" por el de "punibilidad", que también se vuelve a encontrar en el art. 103 II GG; sólo ese cambio ha hecho posible la polémica sobre si junto al principio *nullum crimen* en la Constitución también se contiene el principio *nulla poena* (cfr. nm. 5 s.). Junto al nuevo texto se mantuvo la versión distinta del § 2 StGB; ésta no se modificó hasta que en 1935 el legislador nacionalsocialista la cambió por un texto que declaraba que también era lícito castigar "según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo", y que con la admisión de la analogía que ello implicaba abandonaba en gran medida las conquistas impuestas desde la Ilustración (cfr. ya § 4, nm. 14)¹⁵.

Tras la guerra, ese § 2 nacionalsocialista fue inmediatamente declarado **16** inaplicable por los aliados (ya en 1945), y derogado expresamente y sustituido por una nueva versión del principio de legalidad (en 1946). Las Constituciones de los Länder alemanes y la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de 23-5-1949 (art. 103 II GG) regresaron sustancialmente al tenor literal del art. 116 WRV, y la nueva versión del § 2 I, aprobada por la 8.^a StrÄG de 4-8-1953, se adhirió literalmente al art. 103 II GG. Y así se mantuvo también en la Reforma del Derecho penal, que se limitó a cambiar la numeración de § 2 I por la de § 1, colocándolo al comienzo de la nueva Parte general del StGB en vigor desde 1-1-1975; y la propuesta de sustituir el término "punibilidad" en el sentido del antiguo § 2 por el de "pena" se rechazó, para no favorecer una interpretación más restrictiva que excluyera del art. 103 II GG el principio *nulla poena*¹⁶.

Actualmente el principio de legalidad también tiene en el ámbito interna- **17** cional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho (cfr. ya nm. 2)¹⁷. La Unión Soviética abolió en 1917 el principio *nullum crimen*, pero en 1958 retornó al principio de legalidad, siendo seguida por todos los Estados socialistas de entonces. El principio ha sido también acogido en numerosas regulaciones supranacionales. Así se reconoce en el art. 7 CDH, que también rige como Derecho federal alemán. Sin embargo, el art. 7 II CDH admite respecto de los crímenes de guerra nazis que aun sin ley se castigue "conforme a los principios generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados"; pero ese apartado no ha sido ratifi-

¹⁴ Cfr. sobre ello Anschütz, Kommentar zur WRV, ¹⁰1929, art. 116, n. 1, con ulteriores referencias.

¹⁵ Para más detalles sobre la evolución en el "Tercer Reich" Schreiber, 1976, 191 ss.; Naucke, 1981, 71; idem, Coing-FS, t. I, 1982, 225; Rüping, Oehler-FS, 1985, 27.

¹⁶ Referencias concretas en Schreiber, 1976, 204 ss.

¹⁷ Únicamente el CP danés de 1966 admite en medida restringida la analogía para fundamentar la pena; para más detalles al respecto Gomard; ZStW 83 (1971), 341 ss. También en el Derecho inglés rigen reglas especiales, en la medida en que el mismo se basa en los precedentes judiciales.

cado por la República Federal por considerar que infringe el art. 103 II GG. Asimismo en diversos tratados internacionales ratificados por la República Federal se consagra el principio de legalidad ¹⁸, que igualmente ha sido acogido en la Declaración General de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10-12-1948, y en el art. 15 I del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 19-12-1966.

IV. Las raíces de teoría del Estado y penales aún vigentes del principio de legalidad

18 El principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración (nm. 13 s.). En concreto se puede distinguir cuatro puntos de partida distintos, aunque conexos, en cuanto a su fundamentación, cuyo conocimiento es necesario también para una interpretación actual del principio. Para una primera división en grandes bloques se puede distinguir entre una justificación jurídicopolítica y una jurídicopenal, pudiéndose dividir ambas a su vez en dos componentes de legitimación distintos.

1. El liberalismo político

19 Un fundamento en el que aún hoy se basa el principio de legalidad reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto. La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla. Y a pesar del cambio de las circunstancias jurídicopolíticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a ese punto de vista. Así, cuando se entiende que el fin del art. 103 II GG es la idea de la protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho penal ¹⁹, o la evitación de decisiones en el caso concreto empañadas emocionalmente ²⁰, o cuando se considera la “protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial” como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación ²¹, todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la

¹⁸ Para más detalles Jescheck, AT ⁴, § 15 II 4.

¹⁹ Schreiber, 1976, 214 ss.; Tiedemann, 1969, 190 ss.; BVerfGE 13, 271; 14, 297; 15, 324; 25, 285; 26, 42; 37, 207.

²⁰ Grünwald, ZStW 76 (1964), 14 ss.; tb. Jakobs, AT ², 4/9 ss., ve el significado principal de la vinculación a la ley en la “garantía de la objetividad”.

²¹ Krey, 1977, 206 ss.; Lemmel, 1970, 156 s.

vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad.

2. Democracia y división de poderes

La segunda fundamentación, igualmente importante en cuanto a su alcance, **20** radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes ²². La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo.

Indudablemente, la legitimación de las decisiones en materia jurídicope- **21** nal tomadas por el legislador sigue teniendo hoy una importancia fundamental tanto a efectos de teoría del Estado como de psicología social ²³. Sólo que no se puede tomar aisladamente esta línea de fundamentación, sino que hay que contemplarla siempre en conexión con la idea de la garantía de la libertad mediante la vinculación a la ley (nm. 19): por una parte, porque el principio de la división de poderes, desarrollado por primera vez por Montesquieu (1689-1755) en su célebre libro "Del espíritu de las leyes" ²⁴, no es sino una consecuencia constructiva del principio liberal del dominio de la ley; y por otra parte, porque la democracia y la división de poderes podrían fundamentar por sí solas las otras tres prohibiciones, pero no la prohibición de retroactividad ²⁵, ya que la retroactividad no afectaría para nada a la vinculación del juez a la ley ni a la preeminencia del legislativo; por consiguiente, su inadmisibilidad sólo se puede derivar de los puntos de vista expuestos en el nm. 19.

3. Prevención general

Una tercera fundamentación del principio de legalidad es de naturaleza **22** jurídicopenal y originariamente se basa en la "teoría de la coacción psicológica" de Feuerbach (al respecto § 3, nm. 22). Es cierto que, como pone de

²² Grünwald, ZStW 76 (1964), 13 s.; Schönemann, 1978, 9 ss.

²³ Cfr. Schönemann, 1978, 11: un fallo basado sólo en la autoridad del juez no lo aceptaría nunca el ciudadano.

²⁴ Para estudiantes fácilmente asequible en la edición de Weigand, Reclam-Heft n.º 8953.

²⁵ Así tb. sobre todo Schreiber, 1976, 219. Algo distinto Schönemann, 1978, 24: "evitación de excesos del legislador en el campo de la Justicia".

relieve la evolución histórica (nm. 13 s.), Feuerbach no es en absoluto el creador de dicho principio, desarrollado y muchas veces también codificado bastante antes de él, y cuya fundamentación jurídicopolítica también consideraba decisiva él mismo. Pero Feuerbach no sólo ideó la formulación, que sigue siendo usual aún hoy, “*nulla poena sine lege*”²⁶, sino que le añadió una fundamentación autónoma partiendo de la teoría de la pena, a saber: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.

- 23 Actualmente es frecuente considerar superada la teoría de la coacción psicológica (sobre la crítica a la misma cfr. § 3, nm. 25) y por tanto también la fundamentación del principio de legalidad derivada de ella. Pero con ello se desconoce que, si se complementa la idea de la intimidación con el “aspecto positivo” de la prevención general (al respecto § 3, nm. 26 s.), la fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca²⁷. En efecto, si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias del que depende el respeto a sus preceptos.

4. El principio de culpabilidad

- 24 Otra fundamentación jurídicopenal se deriva del principio de culpabilidad (sobre el mismo § 3, nm. 46 ss.). Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho²⁸. Esta fundamentación del principio de legalidad o

²⁶ P. J. A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801 (1^a1847), § 20. Hoy se formula mayoritariamente como: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, distinguiendo entre conducta punible (*crimen*) y pena (*poena*); en cambio, Feuerbach agrupaba ambas cosas en el término *poena*, como también se hace actualmente con cierta frecuencia. Monografía: Bohnert, P. J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, 1982.

²⁷ Perspectiva elaborada sobre todo por Schünemann, 1978, 11 ss.

²⁸ Sobre la fundamentación partiendo del principio de culpabilidad: Sax, 1959, 998 ss.; Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, art. 103 II, nm. 165; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, 98.

de algunos de sus elementos tampoco es nueva en absoluto, sino que tiene una larga tradición histórica ²⁹.

Actualmente, en la mayoría de los casos se le objeta a esta fundamentación **25** que no concuerda por completo con la regulación legal de la culpabilidad ³⁰. En efecto, el § 17 sólo considera como presupuesto de la culpabilidad la posibilidad de conocer el **injusto**, no la **punibilidad** de una conducta; y por tanto el principio *nullum crimen*, al requerir la previa fijación de la **punibilidad**, va más lejos que las exigencias del principio de culpabilidad. Esto es indiscutible; pero por otra parte, también hay que tener en cuenta que la posibilidad de llegar a tener una conciencia del injusto referida al tipo, que presupone el § 17 para toda punición (al respecto cfr. § 21, nm. 12 ss.), en la práctica y por regla absolutamente general sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal ³¹. En esa medida, por tanto, la idea de culpabilidad sí que se debe incluir entre los fundamentos del principio de legalidad. Lo único incorrecto es considerar el art. 103 II GG sólo o predominantemente como “especificación del principio jurídico penal de culpabilidad” ³².

V. Interpretación y prohibición de analogía ³³

1. Los límites de la interpretación en Derecho penal

a) El sentido literal posible en el lenguaje corriente como límite de la interpretación

La prohibición de analogía (nm. 8) plantea la tarea de tener que delimitar **26** la interpretación fiel a la ley, que está permitida, de la analogía creadora de Derecho, que está prohibida. Los que idearon el principio de legalidad en la época de la Ilustración aún no habían visto ese problema, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que “interpretar”, sino que sólo tiene que “aplicar” el inequívoco tenor literal de la ley ³⁴. Es célebre el aforismo de Montesquieu ³⁵, que afirma que los jueces no son sino la “boca” que pronuncia las palabras de la ley (sin añadidos propios): “les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi”. Beccaria (1738-1794), el penalista seguramente más influyente de la Ilustración, derivaba de esa concepción del juez como un impersonal “autómata de la subsunción” la prohibición de interpre-

²⁹ Cfr. las referencias de Schreiber, 1976, 211.

³⁰ Grünwald, ZStW 76 (1964), 11 ss.; Schreiber, 1976, 209 ss.; Schünemann, 1978, 15.

³¹ Consideraciones acertadas y dignas de tomar en consideración al respecto en LK¹¹-Schroeder, § 17, nm. 6 s.

³² Sax, 1959, 999, 1001.

³³ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 70 ss.

³⁴ Ampliamente sobre la posición del juez penal en los cambios de la historia Küper, 1967.

³⁵ Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Libro 11, Cap. 6 (cfr. nm. 21, n. 24).

tación, tal y como Federico II había previsto inicialmente para el Derecho General del Territorio Prusiano ³⁶, y como luego se introdujo efectivamente por primera vez en el Código Penal bávaro de 1813 (cfr. ya al respecto nm. 14) ³⁷. Dicho autor afirma ³⁸: “ni siquiera la facultad de interpretar la ley penal puede atribuirse a los jueces penales, por la sencilla razón de que éstos no son legisladores”; por tanto, en su opinión, el juez sólo tiene que “llevar a cabo un silogismo completo (= procedimiento de deducción lógica)”, y no hay “nada más peligroso que ese extendido axioma que sostiene que hay que consultar el espíritu de la ley”.

- 27 Actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable. Todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. “injuria” (§ 185), sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de “hombre (ser humano)” (§ 212): Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento alguien sigue siendo un feto o es ya un ser humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley. Por el contrario, el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación.
- 28 Por consiguiente, la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal sólo es “determinado”, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial. Y la pregunta es cómo se puede conciliar esto con el art. 103 II GG, según el cual la punibilidad ha de estar “determinada **legalmente**” antes del hecho. Pues bien, con razón la doc. dom. no extrae de ahí la consecuencia de que el principio de legalidad esté superado por el cambio en la forma de entender la aplicación judicial del Derecho (para más detalles al respecto nm. 31, 36 ss.), sino que parte de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez ³⁹. A ese respecto el marco es delimitado

³⁶ Cfr. sobre ello Schreiber, 1976, 85 s.

³⁷ Un privilegio de publicación de 19-10-1813 prohibía que se comentara la ley y limitaba al juez a la utilización de las “anotaciones o comentarios oficiales” a la ley.

³⁸ En su obra, que sigue siendo importante actualmente, “*Dei delitti e delle pene*” (versión alemana: *Über Verbrechen und Strafen*), aquí cit. por la ed. de W. Alff, 1966, 55 s. (colección “insel”, n.º 22).

³⁹ De modo detallado e instructivo sobre ello Krey, 1977, 113 ss. Sobre los límites del desarrollo judicial del Derecho, con múltiples ejemplos y coincidiendo en lo fundamental con la posición aquí mantenida, asimismo Krey, ZStW 101 (1989), 838.

por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)⁴⁰. Por lo demás, según el fin de la ley la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Por el contrario, una aplicación del Derecho al margen del marco de la regulación legal (*praeter legem*), o sea una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible^{40a} de un precepto penal, constituye una analogía fundamentadora de la pena y por tanto es inadmisibile.

Ejemplos^{40b}:

29

a) ¿Hay una lesión causada “por medio de un arma” (§ 223 a) si el autor arroja ácido clorhídrico a la cara de la víctima? Sí (BGHSt 1, 1; en contra la jurisprud. del RG): pues, dado que el lenguaje corriente maneja el concepto de “arma química”, el sentido literal no requiere restringir el concepto de arma a los instrumentos que operen mecánicamente. Asimismo, el fin de la ley de castigar más duramente los métodos lesivos especialmente peligrosos también aboga por incluir los medios químicos en el concepto de arma; aparte de que las lesiones por ácido clorhídrico pueden ser incluso mucho peores que p.ej. el golpe con un palo.

b) ¿Es aplicable el § 223 a si el autor golpea la cabeza de la víctima contra una pared? No (BGHSt 22, 235)⁴¹; pues, aunque según el fin de la ley podría parecer lógico aceptar que hay unas lesiones peligrosas, el tenor literal de la ley lo impide. “La percepción natural del lenguaje se rebela contra la pretensión de calificar como ‘instrumento’ a una pared fija, al suelo firme o a una roca” (sent. cit., 336). Por tanto habría una analogía prohibida si se quisiera castigar en tal caso por el § 223 a.

c) ¿Debe castigarse por el § 223 a al sujeto que en medio de las apreturas de una multitud le corta con una navaja de afeitar la trenza a la víctima, sin que ésta lo note? No: aunque es cierto que se cumple el tenor literal del precepto, que menciona expresamente el “cuchillo o navaja”, sin embargo el tenor literal sólo suministra un marco para la interpretación teleológica; y el fin de la ley requiere que sólo se subsuman en el precepto las agresiones que puedan provocar lesiones considerables, lo que no sucede por cortar el cabello. Por lo tanto, una interpretación correcta ha de estar siempre cubierta por igual por el tenor literal y por el fin de la ley, y no basta con que sólo se cumpla uno de ambos criterios.

La vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no es en **30** absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad (nm. 18-25). En efecto: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimi-

⁴⁰ Aquí no se van a discutir más en detalle los principios generales de la interpretación, ya que no se trata de una materia específica del Derecho penal; pero lo que sí se hace a continuación es aplicarlos mediante ejemplos al Derecho penal. Una buena introducción proporciona Engisch, 1972.

^{40a} Precisando, Velten/Mertens, ARSP 1990, 516 (518), atienden al significado de la norma, “que resulta de la admisión de un correcto empleo del lenguaje”.

^{40b} Sobre la problemática que en principio plantea la prohibición de analogía en relación con la 1.ª alternativa del § 223 a [lesiones causadas con un arma “u otro instrumento peligroso”], detalladamente Heinrich, 1993, 445 ss., 487 ss., 491 ss.

⁴¹ Sin embargo, el sector seguramente mayoritario de la doctrina mantiene la opinión contraria. Detalladamente al respecto y con ulteriores referencias Heinrich, 1993, 138 ss. (con su propia solución en loc. cit., 555 ss., 658, 660).

tación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática ^{41a}. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.

- 31** Es cierto que incluso esta concepción se sigue alejando de la total vinculación a la ley, que tenían en mente los padres del principio de legalidad (nm. 26), por el hecho de que en la interpretación el juez, dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas. Pero, en primer lugar, ello radica en la propia naturaleza de las cosas y no lo puede cambiar ninguna concepción teórica (nm. 27). Y en segundo lugar, el principio de vinculación del juez a la ley ya se satisface teniendo en cuenta que el juez no es libre en la interpretación, sino que está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley él se limita a concretar completando la norma en la interpretación ⁴². Por tanto sería una interpretación incorrecta si p.ej. el juez subsumiera el corte de la trenza (nm. 29, ej. c) en el § 223 a fundamentándolo en que en su opinión debe castigarse de modo más duro cualquier utilización de cuchillos o navajas en conexión con lesiones; pues de ese modo estaría concediendo prioridad a sus propias concepciones políticojurídicas frente a los fines de la ley, cosa para la que no está legitimado.
- 32** Según estos puntos de vista se resuelve también para el Derecho penal la vieja polémica entre la teoría subjetiva de la interpretación, que atiende a la voluntad del legislador histórico, y la teoría objetiva, que considera decisivo el sentido objetivo de la ley, independiente de aquél y que en su caso puede irse modificando. La solución correcta está en el término medio: a la teoría objetiva hay que darle la razón en que no son decisivas las efectivas representaciones (que además a menudo no se pueden averiguar) de las personas y gremios que participaron en el proceso legislativo; así p.ej. hay que considerar como “armas” los medios químicos (nm. 29, ej. a), a pesar de que esto no se le había ocurrido a nadie en el momento de creación de la ley. Pero por otra parte hay que dar la razón a la teoría subjetiva en que el juez está vinculado a la decisión valorativa políticojurídica del legislador histórico ⁴³. La hipótesis de que existe un “sentido objetivo” de la ley, independiente de aquella decisión, desde el punto de vista lógico no es comprobable; y lo único que hace es enmascarar que dicho “sentido objetivo”, desligado de los objetivos originarios

^{41a} Así tb. Neuner, 1992, 134 ss. (138).

⁴² En este sentido, detalladamente Krey, 1977, *passim*.

⁴³ Así sobre todo Krey, 1977, 173 ss., 182 ss.

de la ley, realmente consiste en finalidades subjetivas del juez, que suponen despreciar el principio de legalidad (cfr. el ejemplo del nm. 31 *in fine*).

b) La jurisprudencia

Pese a ciertas oscilaciones en cuestiones concretas, la jurisprud. comparte **33** predominantemente el punto de vista aquí mantenido. Son célebres las sentencias del RG ⁴⁴ que rechazaron que se pudiera castigar como hurto (§ 242) la sustracción ilegítima de energía eléctrica, porque la energía no se puede calificar como cosa (corporal); lo que dio lugar a que (en el año 1900) se introdujera la tipificación penal de la sustracción de energía eléctrica (actual § 248 c). También el BGH se ha pronunciado claramente en múltiples ocasiones a favor de una interpretación teleológica dentro del marco del límite del tenor literal ⁴⁵: “Dentro de los límites de lo lingüísticamente posible... todo concepto debe interpretarse según el sentido y fin del precepto en cuya estructura se utiliza tal concepto” (BGHSt 3, 303). “No hay ley que se avenga a una rígida limitación de su aplicabilidad sólo a aquellos casos que coincidan con la situación de partida que tenía presente el legislador; pues la ley no es letra muerta, sino espíritu que evoluciona de modo vivo, y que quiere progresar con las circunstancias de la vida y seguir vigente adaptándose con sentido a las mismas, con tal de que ello no suponga la voladura de la forma en la que se ha plasmado” (BGHSt 10, 159 s.). La última parte de la frase describe el límite del tenor literal, mientras que en cierto modo se evita que la expresión, algo equívoca, del “espíritu que evoluciona de modo vivo” suponga una extensión excesiva de la teoría objetiva (nm. 31 *in fine*, 32) mediante la referencia que se hace a continuación al “sentido y fin de la ley”. También son frecuentes las alusiones al sentido literal posible como límite de la interpretación. Además de la citada sentencia sobre el concepto de “instrumento” (BGHSt 22, 235; nm. 29, ej. b), es especialmente gráfica la sent. BGHSt 23, 3, en la que se trataba de la cuestión de si el rapto de una mujer enferma mental contando con su voluntad natural, pero jurídicamente irrelevante, se puede considerar como rapto “contra su voluntad” en el sentido del actual § 237. Según la sentencia, la irrelevancia jurídica de la voluntad autoriza “sólo a sostener que falta la voluntad; pero ello aún no supone una voluntad contraria”; añadiendo que no es lícito “interpretar el elemento ‘contra la voluntad’ transformándolo en el elemento, de sentido diverso, ‘sin consentimiento’”. Y también para el BVerfG el sentido literal posible de la ley marca el límite máximo de la interpretación judicial admisible ⁴⁶.

⁴⁴ RGSt 29, 111; 32, 165.

⁴⁵ Amplias referencias en Krey, 1977, 137 s.; y también en Krahl, 1986.

⁴⁶ Cfr. BVerfGE 47, 109; 64, 389; 71, 108; 73, 206; BVerfG NStZ 1990, 395.

34 Por otra parte, tampoco son escasos los supuestos en que la jurisprudencia se ha saltado expresa o tácitamente el límite del tenor literal. El caso en que ello sucedió más claramente fue en BGHSt 10, 375 s., en la que se equiparó el hurto cometido mediante un vehículo de motor al hurto “mediante un vehículo uncido o de tiro”, previsto en la Ley prusiana de hurto forestal. Cuando en la misma se afirma que “según el mero tenor literal ciertamente un vehículo de motor... no encaja en el precepto, pero sí según su sentido”, esta afirmación como tal es correcta; pero con ella no se está describiendo interpretación alguna, sino una analogía, prohibida en Derecho penal⁴⁷. De modo similar, era equivocada la jurisprud. sobre el § 142 v. a. (BGHSt 14, 217 s.; 18, 118 ss.), que interpretaba de un modo idiomáticamente imposible como “fuga” el hecho de no regresar al lugar del accidente causado sin dolo, de modo permitido o no culpable; la jurisprud. tendría que haber esperado al cambio de formulación legal del precepto que luego se produjo (13.^a StrÄG de 13-6-1975) incluyendo esos supuestos en su tenor literal, y no podía anticiparse al mismo. También es insostenible la postura de BGHSt 23, 239 s., cuando califica la unión de sólo dos personas como “banda” en el sentido del § 244 I, n.º 3; pues el comentario del tribunal diciendo que el “sentido literal” no obliga a efectuar una interpretación distinta, acepta teóricamente el límite del tenor literal, pero lo rebasa en la práctica. Lo mismo ocurre cuando BGHSt 26, 95, considera posible una “interpretación literal” según la cual también habrá un ladrón que es “sorprendido” *in fraganti* por la víctima del hurto, conforme prevé el § 252, en caso de que el autor derribe a golpes a la víctima, sin que ésta hubiera notado antes su presencia⁴⁸. También es sorprendente la postura de BGHSt 2, 151, que ante un suicidio decidido responsablemente por el sujeto declara que está “conceptual y lingüísticamente excluida” (!) la posibilidad de afirmar que se trata de un “supuesto de infortunio” en el sentido del § 323 c [omisión de socorro], mientras que en cambio la jurisprud. posterior (por primera vez BGHSt 6, 147) deja de lado con facilidad esa objeción. Tampoco se puede aceptar la posición del BGH cuando en una jurisprud. constante (desde BGHSt 27, 45; últimamente NStZ 1990, 539) considera que ya hay una “transmisión” en el sentido del § 259 [transmitir o dar salida a bienes de origen ilícito en la receptación] en cualquier actividad sólo preparatoria de la transmisión. La fundamentación consistente en que un tipo como el § 259, que solamente ha experimentado una nueva redacción y que el legislador no ha querido modificar respecto de la actividad de transmisión, se puede interpretar “no tanto

⁴⁷ Lo mismo sucede cuando en BGHSt 6, 396, se dice: “... la interpretación de la disposición no está limitada por el tenor literal, sino que todo depende del sentido y fin que ha perseguido... el legislador”.

⁴⁸ Igual que aquí, entre otros, SK³-Samson, § 252, nm. 5; R. Schmitt, Jescheck-FS, 1985, 233; Krey, BT/2⁹, nm. 211; idem, ZStW 101 (1989), 849. Por lo demás, la sentencia ha sido discutida en la doctrina; e incluso en BGHSt 28, 227, se pone en duda que sea correcta.

según el tenor literal”, que además “no es vinculante” aquí (BGHSt 27, 50), sólo sirve para encubrir insuficientemente que se está rebasando el límite del tenor literal, que también se reconoce en principio en este caso.

Frente a esto, algunas recientes sentencias vuelven a poner de manifiesto **35** una laudable vuelta al respeto del principio de legalidad. Así reconoce ahora BGHSt 28, 147 ss. (hasta cierto punto en contradicción con BGHSt 23, 239 s.), que la conjunción de dos personas no es una “asociación” en el sentido del § 129, apelando para ello a una “interpretación tanto según el uso del lenguaje como según el sentido y fin de la ley”, y a la tesis de que “ha de evitarse una excesiva extensión judicial de los tipos penales” (loc. cit., 148). Asimismo, BGHSt 29, 129, mantiene la concepción de que el mero hecho de pegar carteles en sitios no autorizados no es aún constitutivo de daños (§ 303), en contra de la opinión predominante hasta entonces en doctrina y jurisprud., y la basa en la prohibición de analogía (loc. cit., 133): “De ese modo la interpretación del § 303 StGB se apartaría de modo inadmisiblemente del sentido literal del elemento ‘dañar’ y además pasaría por alto que la ley distingue entre el deslucimiento (§ 134 StGB) y el daño de una cosa (§ 303 StGB)”. Y BGHSt 34, 171, objeta en contra de la subsunción de la puesta en marcha de una cadena de cartas en la figura de los juegos de azar ilícitos, que en ese caso falta la apuesta conceptualmente típica del juego de azar; y añade que de ahí se sigue que: “una interpretación así haría que el concepto de juego de azar de ese precepto fuera tan impreciso que el § 284 StGB sería incompatible con el mandato de precisión o determinación que se deriva del art. 103 II GG” (loc. cit., 178). Frente a la jurisprud. del RG, BGHSt 37, 226, ha resuelto en el sentido de que el pago de una pena de multa efectuado por un tercero no encaja en el tipo de la frustración de la ejecución de una pena (§ 258 II) [modalidad de favorecimiento personal], invocando para ello el tenor literal de la ley: “nada hay en el tenor literal del § 258 II... que indique que frustra la ejecución de una pena de multa aquel que, sin interferirse en el proceso externo de ejecución, se cuida de que se pague la multa...”. Por consiguiente, en definitiva se puede decir que algunos “patinazos” ocasionales no ponen en tela de juicio la disponibilidad que en principio tiene la jurisprudencia para respetar el límite de la interpretación.

c) Opiniones discrepantes en la doctrina

Frente a esto, en la doctrina penal hay autores de renombre que niegan **36** que el juez penal esté vinculado al tenor literal de la ley⁴⁹. Pero ninguna de las razones que se alegan para considerar insostenible el límite del tenor literal es convincente. Así, un argumento manejado frecuentemente consiste en que

⁴⁹ Sax, 1953, 147 ss., 152 ss.; Arth. Kaufmann, 1965, 3-5, 31, 47; W. Hassemer, 1968, 162 ss., 165; Schmidhäuser, LB AT², 5/42; Stratenwerth, AT³, nm. 98 ss.; Jakobs, AT², 4/35 ss.

no existe ninguna diferencia lógica entre interpretación y analogía, porque toda interpretación consiste también en una comparación de la similitud. Y en efecto, esto es cierto: pues cuando p.ej. se interpreta el hecho de arrojar ácido clorhídrico a la víctima como agresión con un “arma” (nm. 29, ej. a), ello se basa en que los medios químicos, desde el punto de vista de la valoración legal, son equivalentes, similares a una pistola o un cuchillo; y en el caso de argumentación por analogía prohibida, como sucede en el caso de golpear la cabeza de la víctima contra una pared (nm. 29, ej. b), el procedimiento lógico no es distinto en absoluto. Pero esa igualdad del procedimiento de argumentación no nos impide distinguir entre su aplicación dentro y fuera (al margen) del límite del tenor literal, y considerar que el primer supuesto es lícito y que en cambio el segundo está prohibido en Derecho penal. El límite del tenor literal no caracteriza ninguna diferencia en la estructura lógica del proceso de aplicación del Derecho, sino que tiene su justificación en premisas juridicopolíticas y penales independientes de esa estructura (nm. 30). Naturalmente que, en vez de hablar de interpretación y analogía, también se puede hablar de interpretación lícita e ilícita o de analogía permitida y prohibida; pero éstas son cuestiones puramente terminológicas, sobre las que no merece la pena discutir.

- 37 Una segunda objeción parte de la base de que, a la vista de la imprecisión del lenguaje y de su manipulabilidad jurídica, el tenor literal no permite ninguna delimitación aprovechable⁵⁰. Pero esto es en todo caso falso si se recurre también al contexto para delimitar el sentido literal⁵¹. Es cierto que en la mayoría de los casos las palabras admiten varios significados e interpretaciones (nm. 27); pero en este contexto ello es irrelevante, porque **todas** las interpretaciones lingüísticamente posibles siguen encajando dentro del ámbito de la interpretación (nm. 27 s.). Pero no se puede afirmar en serio que los significados posibles de una palabra no tienen ningún límite, porque ello impediría toda posibilidad de entenderse mediante palabras. Y también es cierto que ese límite puede resultar dudoso en el caso concreto; pero la posibilidad conceptual de dudas, que existe en todas las distinciones jurídicas, no modifica en nada la legitimidad de una diferenciación. Por tanto sólo queda en pie la alusión a la manipulabilidad de los conceptos. Así, si p.ej. se pudiera decir que un automóvil es, “en el sentido jurídico del término”, un “vehículo uncido o de tiro (animal)” (nm. 34, parte inicial), ciertamente dicho uso jurídico del lenguaje haría imposible delimitar interpretación de analogía. Pero esto se puede evitar, como hace la op. dom., limitando la interpretación al contenido

⁵⁰ Así p.ej. dice Jakobs, AT², 4/35, que “para todas las palabras de empleo no totalmente infrecuente, por regla general se puede ofrecer un arsenal tan amplio de significados en el lenguaje corriente que la formación de conceptos juridicopenales no resulta limitada de modo apreciable”.

⁵¹ Fundamental al respecto Schünemann, 1978, 19 ss.

del significado en el lenguaje corriente, al uso del lenguaje de la vida normal ⁵². Y ello ha de ser así, porque un uso esotérico del lenguaje no podría ser comprendido por el ciudadano sin formación previa, al que se dirige la ley penal ⁵³, y necesariamente destruiría los fundamentos teleológicos del principio de legalidad (nm. 18-25, 30).

Los autores que rechazan el límite del tenor literal derivan de ello fundamen- **38**
 mentalmente dos consecuencias: o bien atienden al sentido y fin de la ley, a la *ratio legis* ⁵⁴, y consideran como interpretación cualquier explicación que siga siendo compatible con ello, o bien rechazan por completo la distinción entre interpretación y analogía ^{54a}. Ambas teorías acaban llegando a la misma conclusión, a saber, que sólo está prohibida una “aplicación libre del Derecho” totalmente desvinculada de las finalidades legales ⁵⁵. Pero la verdad es que de ese modo el art. 103 II GG pierde toda significación, pues la aplicación (o creación) totalmente libre del Derecho también está vedada fuera de su ámbito de vigencia en otros campos del Derecho. En definitiva, la postura de ignorar un mandato constitucional que ello implica, es inaceptable.

⁵² Al respecto AK-Hassemer, § 1, nm. 79, que destaca como ventaja decisiva del criterio del tenor literal su “exterioridad” frente a la interpretación de la ley, y añade que la posibilidad de verificar el significado de los términos con la ayuda de diccionarios y colecciones de sentencias le marca desde fuera un límite al aplicador del Derecho, del que él mismo no puede disponer. Sin embargo, Hassemer (loc. cit., nm. 95; idem, 1992, 71 ss., 89 s.) considera estructuralmente iguales interpretación y analogía, y niega que la prohibición de analogía garantice posiciones jurídicas de un modo fiable.

⁵³ Así lo destacan con razón Baumann/Weber, AT ⁹, § 13 I 3. Sin embargo, de ello también se sigue que no toda “jerga” regional o restringida a determinados grupos puede considerarse lenguaje corriente.

⁵⁴ Cfr. p.ej. Germann, ²1967: “Por encima del tenor literal de la ley” está “su sentido y fin”. Y ello rige incluso para el Derecho penal”. También se pueden incluir aquí las posiciones de Arthur Kaufmann, 1965, 41, y Sax, 1959, 1003, 1008 ss., que convierten, respectivamente, el “tipo (clase) de injusto” y el “tipo (clase) de lesión del valor” en límite de la interpretación. Similar tb. Stratenwerth, AT ³, nm. 100, que se fija en la “idea básica” de la ley: “A este respecto el tenor literal de la ley constituye ciertamente el punto de partida, pero no un baremo rígido:... si resulta demasiado estrecho, puede ser rebasado, interpretado ‘correctivamente’”. Schmidhäuser, Martens-GS, 1987, 231 ss., califica como “utopía propia del Estado de Derecho... la precisión de la ley penal”; y aunque recomienda “no alejarse demasiado del tenor literal de la ley” (p. 245), por lo demás entiende que el cometido del juez es solamente “aplicar la ley lo más razonablemente posible, salvaguardando los valores del Estado de Derecho” (p. 244). Según Höpfel, JBl 1979, 575, la prohibición de analogía sólo “se vulnera por una actuación judicial en perjuicio del inculpaado que no concrete directamente y con la debida racionalidad una conminación penal legal”. Cfr. tb. la crítica de Suppert, 1973, 77 ss. Schick, R. Walter-FS, 1991, 625 (641), sostiene que la analogía y la interpretación excesivamente extensiva están permitidas incluso en perjuicio del reo, con tal de que no se vulneren las valoraciones básicas políticocriminales.

^{54a} Yi, 1992, 265 ss., sólo admite por ello que haya analogía prohibida cuando ya no sea posible una fundamentación de la interpretación; sin embargo el juez ha de decidir “*in dubio pro libertate*” (loc. cit., 300).

⁵⁵ Para más detalles Krey, 1977, 49 ss.

39 Jakobs⁵⁶ admite que se sobrepase el límite del tenor literal si se dan cuatro requisitos: (1) continuidad de la evolución conceptual, (2) arbitrariedad en la valoración que de lo contrario existiría, (3) igual (en rango) necesidad de regulación, y (4) aptitud para solucionar el problema. Sirviéndose de esos criterios considera p.ej. lícito subsumir un “camión” en el concepto de “vehículo uncido o de tiro” (cfr. nm. 34). Pero entonces, ¿por qué no se iba a poder interpretar también, en el curso de una “evolución conceptual continua”, la electricidad como “cosa” (nm. 33), y una pared como “instrumento peligroso” (nm. 29, ej. b)? Ahora bien, si se admite esto, se habrá perdido todo efecto limitador. Por otra parte, cuando Jakobs, coincidiendo con RG JW 1933, 2911, interpreta que la “capacidad de concebir” encaja también en la “capacidad de procrear” en el sentido del § 224 [lesiones graves], es cierto que tiene razón; pero tal interpretación sigue estando cubierta por el uso del lenguaje, donde se habla de los dos padres como los “progenitores” del hijo.

2. El ámbito de vigencia de la prohibición de analogía

a) Su vigencia en la Parte especial y en las conminaciones de pena

40 La prohibición de analogía comprende en primer lugar los tipos penales de la **Parte especial** y las **conminaciones de pena** o penas abstractas previstas (al respecto nm. 4), aunque éstas se encuentren excepcionalmente en la Parte general; así sería inadmisibles, por supuesto, aplicar por analogía la pena prevista para la tentativa de inducción al delito (§ 30 I) a la complicidad intentada, que no está penada. Aparte de ello, tal prohibición rige también respecto de las **leyes penales en blanco**^{56a}. Estas consisten en conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad; y en ellas rige también la prohibición de analogía respecto de la regulación complementadora, que constituye el tipo propiamente dicho. En cambio, en los casos en que el Derecho penal se adhiere a los conceptos formados en otros campos del Derecho —p.ej., las cosas “ajenas” en los §§ 242 ss., 246, 249 ss. o 303 son cosas que se encuentran bajo la “propiedad” de otro—, se comporta de modo totalmente accesorio; y por tanto protegerá también v.gr. la propiedad de garantía, desarrollada *praeter legem*. En el campo de las **consecuencias jurídicas** también hay que afirmar la aplicabilidad de la prohibición de analogía a las cargas (§ 56 b) y reglas de conducta (§§ 56 c y d)⁵⁷, porque el carácter oneroso de la condena condicional reside principalmente en esas consecuencias. Además el BGH aplica también la prohibición de ana-

⁵⁶ Jakobs, AT², 4/41.

^{56a} Al respecto Laaths, 1991.

⁵⁷ Según la doc. dom., la prohibición de analogía no afecta a las reglas de conducta, porque las mismas sirven exclusivamente para fines preventivos especiales; cfr. Krey, 1977, 221, con ulteriores referencias. Pero las penas preventivos especiales ¡también son penas!

logía, “por razones del Estado de Derecho”, a las **consecuencias accesorias sin carácter penal** (BGHSt 18, 140). Respecto de las **medidas de seguridad** es cierto que no rige directamente, porque en las mismas no tiene que haber en absoluto “punibilidad”; pero en este caso, la reserva de ley válida con carácter general en el Derecho público prohíbe una analogía en contra del reo ⁵⁸.

b) Su vigencia en la Parte general

No está muy clara la cuestión de hasta qué punto la prohibición de analogía **41** rige en la **Parte general** del Código Penal al margen de las regulaciones de las consecuencias jurídicas propiamente dichas. En todo caso es aplicable en los casos en que la Parte general contiene preceptos que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la Parte especial, es decir, en la tentativa, coautoría y participación. Así, cuando p.ej. el legislador requiere para la participación un hecho principal doloso (§§ 26, 27), no es admisible, frente a lo que mantiene una extendida opinión, hacer una aplicación analógica de esos preceptos y castigar “como” un partícipe a quien se imagine erróneamente el dolo del autor. Asimismo está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad (cfr., para una ojeada de conjunto sobre esos conceptos, § 7, nm. 7 s.); pues de ese modo simultáneamente se está ampliando más allá del actual tenor literal de la ley la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias ⁵⁹.

En cambio, la situación es distinta en las **causas de justificación** ⁶⁰. En **42** efecto, las mismas no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho (para más detalles § 7, nm. 6); y en consecuencia, en esos campos también son objeto de ulterior ampliación por la vía del desarrollo judicial del Derecho, y a menudo son restringidas con independencia de su tenor literal externo, conforme a los principios ordenadores legales en que se basan. Por eso el Derecho penal ha de seguir esta orientación en aras de la unidad del ordenamiento jurídico: pues no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que p.ej. en Derecho civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico. Y también es necesario prescindir del límite

⁵⁸ Para más detalles Krey, 1977, 218 ss.

⁵⁹ Así tb. p.ej. Jescheck, AT⁴, § 15 III 2 c; Krey, 1977, 236; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 10/21; Sch/Sch/Eser²⁴, § 1, nm. 27; LK¹¹-Gribbohm, § 1, nm. 38.

⁶⁰ Para una exposición del estado actualmente poco claro del problema, Krey, 1977, 233 ss.

del tenor literal en las causas de justificación que, como sucede en la legítima defensa (§ 32) o en el estado de necesidad justificante (§ 34), están reguladas en el propio Código Penal ⁶¹, ya que las mismas no son válidas sólo para el Código Penal, sino para todos los sectores jurídicos. Por tanto, en la interpretación de las causas de justificación también el juez penal está vinculado sólo por el fin de la ley (los principios reguladores legales), aunque naturalmente en las mismas tampoco puede tener lugar una “aplicación o creación libre del Derecho” ⁶².

c) ¿Prohibición de analogía en el Derecho procesal?

- 43** En Derecho procesal en principio no rige la prohibición de analogía en contra del reo (RGSt 53, 226). Sin embargo, en las condiciones (o presupuestos) de procedibilidad, que frecuentemente están muy próximas a las condiciones objetivas de punibilidad o a las causas de exclusión de la punibilidad del Derecho material ⁶³, hay que examinar en el caso concreto si hay que aplicar análogamente la prohibición de analogía por razones propias del Estado de Derecho. Así no cabe castigar unas injurias sin que haya querrela (§ 194), aduciendo que el elemento del especial interés público, que en las lesiones autoriza a proceder al margen de la querrela (§ 232), se puede aplicar aquí correlativamente (BGHSt 7, 256).

d) La analogía favorable al reo

- 44** En cambio, la analogía favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho penal ⁶⁴. Así p.ej. se puede aplicar por analogía el § 31 (eximente de desistimiento de los actos preparatorios del delito) a los tipos de la Parte especial que configuran actos preparatorios como delitos autónomos, pero que no contienen ninguna disposición sobre el desistimiento (v.gr. el § 234 a III: BGHSt 6, 85, 87 ⁶⁵).

⁶¹ En contra Kratzsch, GA 1971, 72; idem, JuS 1975, 437 s. Igualmente Runte critica esta posición como disolución de garantías del Estado de Derecho. También Hirsch, Tjong-GS, 1985, 50 ss., rechaza que en las causas de justificación reguladas por la ley penal se pueda castigar más allá del límite del tenor literal. Según Hirsch, si en algún caso sucede que conforme a los “principios generales de metodología jurídica” resulta adecuada una restricción que rebase el sentido literal posible, el sujeto que vaya más allá de la restricción infringirá el ordenamiento jurídico y se le podrá exigir responsabilidad civil por ello; pero, en cambio, a efectos jurídicopenales hay que proceder “como si la conducta estuviera justificada” (p. 61). Sin embargo, en su opinión la prohibición de analogía no rige para las causas de justificación reguladas fuera de la ley penal o de Derecho consuetudinario (p. 63). Contra tal diferenciación hay que decir que es algo casual el que una causa de justificación esté regulada aquí o allá, o que no lo esté en absoluto, por lo que no se debe deducir de ese hecho casual ninguna diferencia jurídica.

⁶² Así ya, en cuanto al resultado —aunque con una perspectiva algo diferente en la fundamentación— mi ensayo “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, ²1973, 31 s. [= Política criminal y sistema del DP, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, 63 ss.; N. del T.]. Asimismo (con una fundamentación que yo mismo he seguido ampliamente en el texto) Krey, 1977, 233-236. La doc. dom. todavía sigue sin ser apenas consciente de la posición especial de las causas de justificación.

⁶³ Cfr. Roxin, Strafverfahrensrecht, ²³1993, § 1, nm. 13, § 21, nm. 22. Para más detalles sobre la delimitación ver *infra* § 23, nm. 40 ss. Desde el punto de vista histórico-dogmático Pföhler, 1988.

⁶⁴ Cfr. la recopilación de ejemplos efectuada en LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 39.

⁶⁵ Cfr. LK ¹¹-Roxin, § 31, nm. 2.

VI. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena ⁶⁶

Del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo (nm. 9, 19 ss.). Efectivamente, nadie discute que en la Parte especial no se pueden crear nuevos tipos, ni penas típicas ni posibilidades de perseguibilidad mediante Derecho consuetudinario: Así, el uso ilegítimo de cosas ajenas (*furtum usus*), que sólo se castiga legalmente en casos excepcionales (§ 248 b), no se puede convertir en punible con carácter general mediante Derecho consuetudinario; la tentativa de lesiones simples (§ 223), cuya impunidad es frecuentemente criticada, tampoco se podría transformar en punible mediante la correspondiente praxis judicial; como tampoco podría obtener nunca una legitimación jurídicoconsuetudinaria el rebasar el límite máximo de un marco penal que se considere demasiado leve; y tampoco se podría suprimir por Derecho consuetudinario la exigencia de querrela para algún delito, porque en ese caso, si no hubiera habido querrela, se produciría un castigo que no ha sido querido por la ley ⁶⁷.

Frente a esto, en la doctrina está bastante extendida la opinión de que en la Parte general existe “en amplia medida Derecho consuetudinario a efectos de fundamentar y de agravar la pena” ⁶⁸. Desde luego hay que excluir de entrada que esto pueda suceder en las normas penales equivalentes a los tipos; así p.ej. la complicidad intentada, que es impune (cfr. § 30), no se puede convertir en punible por Derecho consuetudinario. Pero a los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, mayoritariamente se les atribuye una validez de Derecho consuetudinario, y también aunque vayan en perjuicio del autor. Así se sostiene que, entre otras, las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, tienen rango de Derecho consuetudinario en la medida en que la ley no efectúe una regulación expresa al respecto ⁶⁹.

Esta posición debe rechazarse. Lo único que es cierto es que a menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprudencia; en parte, por las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución cien-

⁶⁶ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 35 ss.

⁶⁷ En el supuesto de la querrela se trata, como en nm. 43, de una aplicación analógica del art. 103 II GG.

⁶⁸ LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 26.

⁶⁹ Cfr. p.ej. LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 27; Maurach/Zipf, AT/1 ⁸, 8/41; Schmitt, Jescheck-FS, 1985, 224 ss.

tífica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después va a quedar superado. Pero lo que los tribunales deciden en esos campos y en otros similares, **siempre** y sólo es un resultado de la interpretación ⁷⁰ y no tiene **nunca** —aunque haya una jurisprudencia constante— el carácter normativo vinculante del Derecho consuetudinario. A ese respecto ni siquiera es decisivo el hecho de que en una posición jurisprudencial sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de Derecho consuetudinario, puesto que en Derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales, e incluso las conclusiones seguras casi nunca penetran en la conciencia popular. La razón por la que ya no puede generarse un Derecho consuetudinario para fundamentar la responsabilidad penal es porque lo prohíbe el art. 103 II GG.

48 Frente a esto no cabe contraargumentar ⁷¹: “Esto suena bien, pero no autoriza a cerrar los ojos ante la realidad”. Pues aunque es verdad que en la praxis algunos resultados de la interpretación se aplican “como si fueran leyes”, lo cierto es que siempre se diferencian de ellas en que los tribunales no están vinculados a los mismos como a leyes, sino que en todo momento pueden discrepar de esos resultados y acoger una opinión mejor fundada. Así nada obstaría a que p.ej. en el campo de la causalidad, que se adjudica con especial frecuencia al Derecho consuetudinario, la jurisprudencia pasara de la teoría de la equivalencia; que constantemente aplica (§ 11, nm. 5 ss.), a la teoría de la adecuación (§ 11, nm. 31 ss.) o a otros puntos de vista de imputación (§ 11, nm. 43 ss., 59 ss., 85 ss.). Esto es algo que hay que tener siempre presente, porque sólo de ese modo puede la jurisprudencia seguir la evolución científica, en atención a la cual el legislador ha optado por una continencia codificadora, en vez de mantenerse rígidamente vinculada a un pretendido Derecho consuetudinario ⁷².

49 Ahora bien, hay pequeñas excepciones, que son correlativas a las existentes en la prohibición de analogía y que se pueden fundamentar como en la misma (nm. 40, 42). En los casos en que el Derecho penal asume conceptos procedentes de otros campos del Derecho, se produce junto con ello una recepción de tales excepciones. Así, si la institución jurídicocivil de la propiedad o (antes de su fijación en la BJagdG) el concepto jurídicopúblico de “animal de caza” sufren ampliaciones por Derecho consuetudinario, simultáneamente se amplían los tipos del hurto (§ 242) y de la caza furtiva (§ 292) ⁷³. Y del mismo modo, las restricciones de Derecho consuetudinario a las causas de justifica-

⁷⁰ En este sentido tb. Jescheck, AT ⁴, § 12 IV 2; Jakobs, AT ², 4/46.

⁷¹ Maunz/Dürig - Dürig (estado 1960), GG, art. 103 II, nm. 112.

⁷² Tb. expresan sus reparos frente a la tesis de que las teorías generales del Derecho penal son Derecho consuetudinario, sobre todo SK ⁵-Rudolphi, § 1, nm. 21, y, de modo algo menos decidido, Stratenwerth, AT ³, nm. 92 ss.

⁷³ Cfr. sobre ello tb. LK ¹⁰-Tröndle, § 1, nm. 25, así como LK ¹¹-Gribbohm, § 1, nm. 71.

ción pueden operar en el ámbito de la restricción fundamentando la responsabilidad penal.

En cambio, a efectos de atenuar y eximir de responsabilidad penal el Derecho consuetudinario es admisible sin restricciones, exactamente igual que la analogía favorable al reo (nm. 44). No obstante, los resultados de la interpretación de la jurisprudencia, aunque sean favorables para el reo, sólo raramente constituyen Derecho consuetudinario —por las razones indicadas en nm. 47—, por lo que sigue siendo posible una modificación de la jurisprudencia en sentido más estricto. Pero de todos modos, en casos concretos se puede constatar la existencia de Derecho consuetudinario con efecto eximente. Así, al menos antiguamente se podía reconocer el derecho de corrección del maestro como causa de justificación jurídicoconsuetudinaria (para más detalles al respecto § 17, nm. 38 ss.), y también el “estado de necesidad suprallegal” creado por la jurisprudencia (al respecto § 16, nm. 4 ss.), antes de ser codificado como § 34 en la nueva Parte general, había adquirido fuerza justificante por Derecho consuetudinario, por lo que la jurisprudencia de la postguerra no hubiera podido dar un giro absoluto y abandonar esa posición. Además, no se puede excluir la posibilidad de que una “usanza” regional firmemente asentada pueda producir una causa de justificación jurídicoconsuetudinaria^{73a}. Y también ocurre a veces (¡aunque infrecuentemente!) que caiga en el olvido un precepto penal (casi siempre del Derecho penal especial o del de un Land) y que por su permanente inaplicación finalmente sea derogado (= deje de estar en vigor) por Derecho consuetudinario.

VII. La prohibición de retroactividad y la vigencia temporal de las leyes penales⁷⁴

1. La fundamentación de la prohibición de retroactividad

La prohibición de retroactividad se deriva del art. 103 II GG^{74a}, del § 1 y, 51 en cuanto a la pena, también del § 2 I (sobre las cuestiones básicas ya nm. 4-6, 10). Es más que difícil fundamentarla en el principio de la división de poderes (nm. 21, pero tb. n. 25), pero sí que se deriva forzosamente de las otras tres raíces del principio de legalidad dentro de los límites anteriormente (nm. 19 ss.) indicados y, a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad políticojurídica por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho⁷⁵.

^{73a} Esta materia algo escurridiza ha sido poco investigada. Aboga por la apreciación de un error de prohibición invencible Lorenz, MDR 1992, 630.

⁷⁴ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 48 ss.

^{74a} Cfr. al respecto Dannecker, 1992, 249 ss.

⁷⁵ Cfr. al respecto especialmente Grünwald, ZStW 76 (1964), 17.

2. La ley vigente en el momento del hecho

- 52** La “ley que está vigente en el momento del hecho” (§ 2 I), ha de haber entrado en vigor ya en ese momento (al respecto art. 82 II GG) y no puede haber dejado —sea por derogación, por transcurso de un plazo temporal, por Derecho consuetudinario en contra o por falta de objeto— de estar en vigor. El “momento del hecho”, según disposición legal expresa (§ 8), es el momento “en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado”. En el caso de los delitos permanentes (sobre ellos § 10, nm. 105) puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, p.ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso “se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho” (§ 2 II). En cambio, no infringirá la prohibición de retroactividad la imposición de una pena o de una multa administrativa cuando el hecho, en un período transitorio entre su comisión y la resolución, hubiera dejado de estar sancionado con pena o con multa administrativa (BVerfG NStZ 1990, 238).
- 52a** El § 2 III [aplicación retroactiva de una ley más benigna posterior al hecho] constituye el fundamento de que se pueda aplicar el Derecho penal de la República Federal de Alemania a algunos “hechos antiguos”^{75a} cometidos en la antigua República Democrática Alemana antes de la unificación. En efecto, según el art. 315 I-III EGStGB, debe aplicarse el § 2 a los delitos cometidos en la antigua RDA antes de la entrada en vigor de la unificación, por lo que, de acuerdo con el § 2 I, en primera línea es el Derecho del lugar del hecho de la antigua RDA el que decide sobre la punibilidad. Sólo si el StGB ahora vigente en toda Alemania es la ley más favorable en comparación con ese Derecho del lugar del hecho, se podrá recurrir al mismo en virtud del § 2 III para enjuiciar la responsabilidad penal^{75b}. En cambio, tales hechos no se podían enjuiciar ya antes de la reunificación por el Derecho federal alemán basándose p.ej. en el § 7 I^{75c} [aplicación de la ley penal alemana a hechos cometidos en el extranjero contra alemanes].
- 52b** La regulación del § 2 I y III es también decisiva respecto de la punibilidad del uso de armas de fuego en la anterior frontera interalemana^{75d}. Según la concepción dominante y puesta en práctica en la antigua RDA, ese uso de las armas de fuego, si se daban determinados presupuestos, estaba justificado conforme al § 27 II de la Ley de Fronteras de la RDA incluso en caso de

^{75a} Cfr. al respecto, de la literatura de Comentarios, p.ej., LK¹¹-Gribbohm, § 2, nm. 60 ss.; Lackner²⁰, § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias de la doctrina, que entretanto ha llegado a ser inabarcable; tb. instructivo Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735.

^{75b} Jurispr. constante: BGHSt 37, 320; 38, 3; 38, 18; 38, 88; 39, 6.

^{75c} BGHSt 39, 7 s., con ulteriores citas. Cfr. tb. Samson, NJW 1991, 335 ss.

^{75d} BGHSt 39, 1; 39, 168.

homicidio doloso. Si se aceptara esto, conforme al § 2 I quedarían impunes los denominados “tiradores (guardianes) del muro”. Sin embargo, tras la reunificación los tribunales han declarado nulo el § 27 II de la Ley de Fronteras por vulnerar el Derecho suprapositivo, o bien han efectuado una interpretación del mismo acorde con los derechos humanos en el sentido de que ese precepto no autorizaba el uso de las armas de fuego en los casos sometidos a enjuiciamiento ^{75e}. Partiendo de esta tesis, conforme al Derecho de la RDA se llega también al resultado de considerar punibles tales homicidios (y entonces el § 213 puede operar como ley más benigna conforme al § 2 III en la determinación de la pena). Por lo demás, desde esa perspectiva la problemática se reduce al error de prohibición que en la mayoría de los casos habrá sufrido el “tirador (guardián) del muro” (cfr. § 21, nm. 64a). Frente a esto, una corriente doctrinal ^{75f} sostiene que la falta de persecución penal de los “tiradores del muro” en los tiempos de la RDA se basó en la impunidad fáctica de su conducta, por lo que, tomando como base el Derecho de la RDA, se produce la impunidad. Sin embargo, ni aquí ni en otras materias se protege la confianza en el manejo de una ley en la praxis (cfr. *infra* nm. 59).

3. La prohibición de retroactividad en cuanto a los presupuestos de la punibilidad y su no vigencia en principio en las medidas de seguridad

La prohibición de retroactividad rige respecto de todos los presupuestos de **53** la punibilidad del Derecho material; y tampoco es admisible una supresión o restricción retroactiva de las causas de justificación (sobre la situación algo distinta en cuanto a las restricciones jurisprudenciales por analogía o Derecho consuetudinario cfr. nm. 42, 49). Además rige también respecto de la pena y sus consecuencias accesorias; la ley menciona específicamente su aplicabilidad a la confiscación, el comiso y la inutilización (§ 2 V). En cambio, el § 2 VI dispone que las medidas de seguridad se pueden introducir o endurecer retroactivamente “si la ley no dispone otra cosa”. En consecuencia, dado que los arts. 303 y 305 de la EGStGB 1974 excluyen la retroactividad respecto de la vigilancia de la conducta (§ 68) y de la inhabilitación profesional (§ 70), en la situación legal actual sólo están sujetos a la posibilidad de agravación retroactiva los preceptos sobre internamiento en centro psiquiátrico (§ 63), internamiento en centro de deshabitación (§ 64) y privación del permiso de conducir (§ 69); aparte de ello, el legislador puede crear nuevas medidas de seguridad con efecto retroactivo.

^{75e} BGHSt 39, 15 ss., y 39, 183 (“vulneración palmaria e intolerable de elementales exigencias de justicia y de los derechos humanos”); cfr. tb. al respecto Herrmann, NStZ 1993, 118.

^{75f} Enérgicamente en ese sentido Jakobs, 1992, 37, 51 ss.; idem, GA 1994, 1; críticamente frente a esa posición Lüderssen, ZStW 104 (1992), 735, 742 ss. Aquí no es posible citar toda la bibliografía existente, que aumenta constantemente y actualmente ha llegado a ser inabarcable.

- 54** La regulación del § 2 VI es materialmente equivocada⁷⁶. Sólo tendría una justificación interna si el principio de legalidad se basara únicamente en el principio de culpabilidad; pues en tal caso la reconocibilidad de la prohibición antes de la comisión del hecho, que es presupuesto de la culpabilidad, consecuentemente no sería necesaria en las medidas de seguridad, que son independientes de la culpabilidad. Sin embargo, el principio de legalidad tiene un alcance mucho más amplio (nm. 18 ss.), ya que debe proteger al individuo frente a sanciones que no fueran previsibles antes de la comisión del hecho. Y entre ellas se cuentan también las medidas de seguridad, que pueden restringir la libertad del condenado de modo más duro que las penas (porque también están sustraídas al efecto limitador de la intervención propio del principio de culpabilidad). Y dada la finalidad igualmente preventiva de la pena y la medida (§ 3, nm. 56), ese diferente trato es también políticocriminalmente injustificado; es totalmente incongruente que el legislador pueda hacer que una intromisión penal retroactiva, que estaría prohibida, resulte admisible transformándola, con un cambio de etiqueta, en una medida de seguridad. No obstante, que la regulación resulte inconstitucional precisamente por eso⁷⁷, es algo que resulta dudoso, porque no hay datos que apoyen la conclusión de que el legislador constitucional, al que le era perfectamente conocida la distinción entre penas y medidas, hubiera querido desligar el principio de legalidad de su limitación histórica a la pena⁷⁸. En contra de esto cabe aducir tanto el tenor literal como el hecho de que la formulación actual enlaza con el art. 116 WRV, en cuya época aún no existían las medidas de seguridad. Pero ello no debería ser obstáculo para que el legislador colmara esa “laguna en el Estado de Derecho” extendiendo de modo general el principio de legalidad a las medidas, siguiendo el modelo del § 1 II PA y del § 1 I del StGB austríaco de 1975.

4. Prohibición de retroactividad y Derecho procesal

- 55** En el Derecho procesal en principio no rige la prohibición de retroactividad⁷⁹. “La prohibición de leyes penales retroactivas sólo rige respecto del Derecho material” (BGHSt 20, 27). “Es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso” (BGHSt 26, 289; materialmente tb. BGHSt 26, 231). Esta jurisprudencia, que tb. ha sido confirmada por el BVerfG (BVerfGE 24, 33, 55; 25, 269), debe considerarse correcta en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso (p.ej. a la exclusión del defensor conforme al § 138 a StPO, o a la exclusión del acusado conforme al § 231 a StPO)⁸⁰, puesto que, conforme a su tenor literal y a su historia, el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponerseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal.
- 56** En cambio, la situación es algo distinta en el caso de condiciones o presupuestos de procedibilidad (como p.ej. el requisito de querrela) o de impedimentos de procedibilidad (como la prescripción), que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso (cfr. ya nm. 43, 45). Estos supuestos se sitúan en la frontera con el Derecho material, y en no pocos de ellos su ubicación es dudosa; así la prescripción se considera por unos como institución jurídica material, por otros como procesal, y por otros (actualmente la op. dom.⁸¹) como

⁷⁶ PA, fundamentación del § 1, p. 29; Baumann/Weber, AT⁹, § 6 IV 2; Diefenbach, 1966, 113 ss.; Jescheck, AT⁴, § 15 IV 3, n. 41; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 12/19; SK⁵-Rudolphi, § 2, nm. 18; Stratenwerth, AT³, nm. 79; Jakobs, AT², 4/56; Jung, Wassermann-FS, 1985, 875 ss. Escépticamente tb.: LK¹¹-Gribbohm, § 2, nm. 56 s.; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 42.

⁷⁷ Así Diefenbach, Jung y realmente tb. Stratenwerth (cits. en n. 76).

⁷⁸ El BGH se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del § 2 IV v. a. (que en este punto corresponde al actual § 2 VI) (BGHSt 24, 103, 105 s.: agravación retroactiva de la medida de vigilancia policial; cfr. tb. BGHSt 5, 168, 173 s.: privación retroactiva del permiso de conducir).

⁷⁹ Para más detalles Pföhler, 1988; Dannecker, 1992, 316 ss.

⁸⁰ En contra, sobre todo, SK²-Schreiber, § 1, nm. 9; ulteriores referencias en SK⁵-Rudolphi, § 1, nm. 10.

⁸¹ Cfr. LK¹⁰-Tröndle, § 2, nm. 11 ss., con ulteriores referencias; sobre mi propia opinión ver § 23, nm. 50 ss.

institución "mixta". Pero la vigencia del principio de legalidad en este campo no puede depender de dichas clasificaciones formales, que se efectúan sin tener en cuenta la prohibición de retroactividad, sino que lo que procede es examinar en el caso concreto hasta qué punto el fin del art. 103 II GG requiere su aplicación. Y entonces se pone de manifiesto que la afirmación general, según la cual "los presupuestos procesales dejan de estar en vigor con la ley que los deroga" (BGHSt 20, 27, adhiriéndose a RGSt 75, 306, 311), no es totalmente exacta, sino que hay que distinguir ⁸².

Así, frente a lo que sostienen jurisprudencia (RGSt 77, 106 s.) y doctrina, hay que considerar inadmisibles la supresión posterior del requisito de querrela ⁸³; pues en los delitos privados el *ius puniendi* estatal depende de la necesidad de satisfacción del ofendido, en cuya ausencia puede confiar con razón en muchos casos (p.ej. en los §§ 247 o 123) el autor. Si se suprime retroactivamente la exigencia de querrela y se castiga sin que se haya interpuesto la misma, con ello se estará creando *a posteriori* un derecho del Estado a castigar, y esto es precisamente lo que el art. 103 II pretende impedir. **57**

Por las mismas razones, tampoco cabe una reapertura de los plazos de prescripción ya transcurridos; pues al producirse la prescripción, el autor queda impune y puede confiar en ello (p.ej. dejando de tener en su poder material de descargo). Por eso, si posteriormente se considerara como no producida la prescripción, ello supondría una posterior (re-)fundamentación de la punibilidad, contraria al fin del art. 103 II GG. En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§ 211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas ⁸⁴; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (nm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano ⁸⁵. **58**

5. Prohibición de retroactividad y jurisprudencia

Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo ⁸⁶, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente **59**

⁸² Ampliamente coincidente Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 7.

⁸³ Así tb. Jescheck, AT⁴, § 15 IV 4; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 7; Pieroth, JuS 1977, 396, con ulteriores referencias.

⁸⁴ Primero, la denominada Ley de cómputos, de 13-4-1965, dispuso que en los delitos castigados con prisión perpetua no se contara el período comprendido entre el 8-5-1945 y el 31-12-1949 para el cómputo del plazo de prescripción. Posteriormente, la 9.ª StrÄG, de 4-8-1969, prolongó el plazo de prescripción de 20 a 30 años. Y por último la 16.ª StrÄG, de 16-7-1979, suprimió totalmente la prescripción en el asesinato, como ya lo había hecho la 9.ª StrÄG (en el § 78 II) respecto del genocidio (§ 220 a).

⁸⁵ La op. dom. considera admisible la prolongación o supresión de plazos de prescripción que todavía estén corriendo; y es seguida tb. por la jurisprudencia, con una fundamentación que se fija excesivamente en el carácter jurídicoprocesal de la prescripción: BVerfGE 25, 295; RGSt 76, 161; BGHSt 2, 306; 4, 384. En contra, sin embargo, entre otros, Grünwald, MDR 1965, 521; Baumann, 1965; Schreiber, ZStW 80 (1968), 348 (con citas sobre lo polémico del problema ya en el siglo pasado); Schünemann, 1978, 25 s.; Jakobs, AT², 4/9.

⁸⁶ Así tb. la jurisprudencia: BVerfGE 18, 240; BGH VRS 32 (1967), 229; MDR (D) 1970, 196; MDR en Herlan, GA 1971, 37; KG VRS 32 (1967), 264.

reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprud. constante y que parecía garantizada⁸⁷; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprud. firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir⁸⁸, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprud., a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28)⁸⁹, que es el único por el que se debe orientar el ciudadano. Este no tiene por qué conocer la jurisprud. (¡lo que sería ya una exigencia excesiva para la mayoría de los ciudadanos!), y no debe confiar en ella, ¡sino sólo en el tenor literal de la ley! Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del ámbito del sentido literal posible, de todos modos son tendencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos. Ello rige también respecto de la rebaja de la cuota límite de la absoluta incapacidad para conducir (§ 316), desde el 1,3 ‰ al 1,1 ‰, efectuada por el BGH en 1990 (BGH NStZ 1990, 491); por consiguiente, si se condena por el § 316 a alguien que antes de dictarse la nueva sentencia del BGH hubiera conducido con un 1,2 ‰ de alcoholemia, ello no infringe el art. 103 II GG (BVerfG NStZ 1990, 537)^{89a}. Por otra parte, naturalmente que se dan muchas acciones en las que su autor había confiado de modo no reprochable en una determinada jurisprudencia e incluso había recabado asesoramiento jurídico específicamente a tal efecto; y en dichos supuestos seguramente no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso de que haya un cambio posterior de jurisprudencia. Pero en tal caso la absolución se producirá de todos modos por haber un error de prohibición no culpable (§ 17), y para ello no es preciso extender el art. 103 II GG a los cambios jurisprudenciales⁹⁰.

6. La retroactividad favorable al reo^{90a}

- 60** Al igual que está permitida la analogía favorable al reo, también es admisible la retroactividad de las leyes penales en beneficio del reo, que según el § 2 III es incluso obligatoria: “Si la ley vigente al terminarse el hecho se modifica antes de la sentencia, se aplicará la ley más benigna”. Y si se deroga un precepto penal tras la comisión del hecho pero antes de que se pronuncie la sentencia, hay que absolver al autor (en una aplicación analógica, y conforme a su sentido, del § 2 III); pues en tal caso la ley más benigna es ¡que no hay en absoluto una ley! El sentido de la regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo (§ 2 I) u otras

⁸⁷ Así sobre todo Schreiber, JZ 1973, 718; SK²-Schreiber, § 1, nm. 6; pero tb., p.ej., Baumann/Weber, AT⁹, § 12 I 2 a; Kohlmann, 1969, 268 ss.; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 12/8; Neumann, ZStW 103 (1991), 331; vacilante Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 9.

⁸⁸ Así tb. la op. dom.; cfr. por todos, con amplias referencias, LK¹⁰-Tröndle, § 2, nm. 16-24, y Dannecker, 1992, 364 ss.

⁸⁹ Certeramente Schünemann, 1978, 28: en un cambio de jurisprud. la Justicia se corrige “sólo a sí misma, y no al legislador”.

^{89a} En contra Bernreuther, MDR 1991, 829; Hüting/Konzak, NZV 1991, 255; Krahl, NJW 1991, 808.

⁹⁰ También quienes pretenden aplicar el art. 103 II GG a los cambios de jurisprud., consideran en principio posible una autorrectificación de la jurisprud. en sentido agravatorio, pero consideran que la misma sólo debe aplicarse a los casos futuros y que en los procesos en curso únicamente cabe anunciarla *pro futuro*. Sin embargo, tal modo de proceder no es practicable dentro del marco del Derecho procesal vigente; cfr. detalladamente sobre ello Tröndle, Dreher-FS, 1977, 117 ss.

^{90a} Sobre el llamado mandato de atenuación cfr. Dannecker, 1992, 403 ss., 461 ss.

circunstancias especiales (§ 2 IV; nm. 64) no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista políticocriminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada. A ese respecto hay que tener en cuenta la ley más benigna incluso en la instancia de revisión, si la atenuación no se produjera hasta después del fallo en primera instancia (aclarándolo así BGHSt 20, 77)⁹¹.

La conjunción de la “protección frente a la agravación” (§ 2 I) y del “privilegio de atenuación” (§ 2 III) da lugar a que el § 2 III, de acuerdo con su tenor literal, deba aplicarse también a las “leyes intermedias” más favorables, que ya no están en vigor en el momento de la sentencia. Por consiguiente, si después de la comisión del hecho se atenúa la pena prevista para esa conducta, pero, debido a la mala experiencia de esa reforma, en el momento del enjuiciamiento se ha vuelto a la dureza originaria, pese a ello el delincuente puede exigir que se le castigue por la norma intermedia más benigna; pues con la atenuación había obtenido la posición jurídica más favorable de la nueva ley, que a partir de ahí sigue quedando garantizada frente a cualquier agravación retroactiva en el sentido del Derecho anterior. E igualmente ha de quedar impune el sujeto activo en caso de que el hecho sea punible tanto en el momento de su comisión como en el de la sentencia, pero haya habido un período intermedio en el que quedó exento de pena^{91a}.

Hay una gran discusión sobre si se da o no una ley “más benigna” en el caso de que tras la comisión del hecho se sustituya un elemento típico agravatorio (= cualificante) por otro que afecte asimismo al autor. **Ejemplo** (BGHSt 26, 167, 172 ss.): el sujeto comete un robo en la vía pública, que en el momento del hecho se castigaba como supuesto agravado de robo por el § 250 I, n.º 3; antes de la condena se suprime ese motivo de agravación, pero a cambio se introduce un nuevo motivo de agravación consistente en ejecutar el robo con un arma no cargada (§ 250 I, n.º 2), cualificación que también ha realizado el autor. Pues bien, ¿habrá de castigarse por el § 250 o por el tipo básico del § 249? El BGH castigó por el § 250 I, n.º 3, v. a., por considerar que, puesto que el “núcleo del injusto común” al precepto antiguo y al nuevo es el mismo (sustracción violenta de una cosa ajena) y la modificación del tipo sólo afecta a “modalidades de realización de ese injusto”, no se da una atenuación. Pero esta posición es equivocada: pues aunque el tipo básico (§ 249) es idéntico, en cambio, la cualificación, que antes atendía al lugar de comisión (vía pública) y ahora se refiere al medio comisivo (arma aparente), es completamente distinta. Por eso, respecto del robo en la vía pública ha habido una atenuación, que conforme al § 2 III ha de beneficiar al autor, mientras que la introducción de la cualificación por uso de un arma aparente supone una agravación de la pena, de la que debe quedar a salvo el autor en virtud del art. 103 II GG y del § 2 I. Por tanto, lo correcto hubiera sido castigar por el § 249⁹².

Para resolver la cuestión de cuál es la ley más benigna^{92a}, la jurisprudencia parte de la base de que una pena de multa (incluso elevada) es siempre más benigna que una pena de prisión (aunque sea corta). Y por lo demás rige la regla que

⁹¹ Sobre toda esta problemática: Sommer, 1979. Específicamente sobre el Derecho penal tributario: Kunert, *Neue Zeitschrift für Steuerrecht* 1982, 276 ss.; Tiedemann, 1985.

^{91a} BVerfGE 81, 132; en contra Grünwald, *Arth. Kaufmann-FS*, 1993, 433 ss.

⁹² Así tb. la op. dom.; cfr. p.ej. Jescheck, *AT*⁴, § 15 IV 5; Maurach/Zipf, *AT*/1⁸, 12/16; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 24 s.; Jakobs, *AT*², 4/75; Tiedemann, *JZ* 1975, 693; además Mazurek, *JZ* 1976, 235; Mohrbotter, *ZStW* 88 (1976), 923 ss.; Schünemann, 1978, 26 s.

^{92a} Cfr. al respecto detalladamente Dannecker, 1992, 501 ss.

BGHSt 20, 25, invocando la jurisprud. antigua, sintetiza así: “No sólo... hay que comparar entre sí en abstracto los tipos y las penas típicas de las diversas leyes, sino que lo decisivo es fijar qué regulación permite en el caso concreto a resolver y según sus circunstancias específicas un juicio más favorable para el autor” (similar tb. BGHSt 20, 75). Por tanto, si p.ej. una ley se modifica añadiéndole un marco penal más elevado para supuestos especialmente graves y un marco penal inferior para supuestos especialmente leves, sólo estaremos ante una ley penal más benigna cuando *in concreto* haya que apreciar un supuesto especialmente leve (RGSt 75, 310). Pero en los restantes casos hay que aplicar la ley más benigna en el caso concreto “como un todo” (BGHSt 24, 97), es decir, incluyendo sus componentes más duros (igualmente BGHSt 20, 30)⁹³. De la rica casuística sobre la cuestión de la ley “más benigna”⁹⁴ mencionaremos sólo algunas resoluciones jurisprudenciales recientes: Si en una ley se rebaja para casos excepcionales el límite mínimo de la pena, ello constituye ya una atenuación (BGHSt 20, 125); e igualmente hay que afirmar que ha habido atenuación si en caso de leyes penales en blanco (nm. 40) se modifica de un modo que coloca en mejor posición al autor, no la pena prevista, sino sólo la norma de complemento (BGHSt 20, 177, abandonando la posición de la anterior jurisprud.). Y en caso de transformación de un hecho punible en una contravención hay que aplicar correlativamente el § 2 III, por lo que la acción que inicialmente era punible se castigará ahora como contravención (BGHSt 12, 154 s.).

7. Leyes temporales

- 64 Según el § 2 IV, hay que hacer una excepción a la retroactividad de la ley más benigna respecto de las llamadas **leyes temporales**. Leyes temporales son aquellas leyes que de antemano sólo van a estar vigentes “en un determinado período de tiempo”; ya sea porque la fecha en que dejarán de estar en vigor esté fijada en la propia ley con arreglo a un calendario o coincidiendo con un determinado acontecimiento (leyes temporales en sentido estricto), o bien porque sea reconocible que las mismas se ciñen a situaciones temporales especiales y quedarán sin objeto con la desaparición de éstas (leyes temporales en sentido amplio)⁹⁵. Ambos supuestos tienen en común que estas leyes, con el transcurso de su período limitado de vigencia, van a dejar automáticamente de estar en vigor, si no se dispone expresamente lo contrario (§ 2 IV 2). La idea básica del § 2 IV, que tiene importancia sobre todo en el Derecho penal

⁹³ Discr. Schröder, JR 1966, 68; Sch/Sch/Eser²⁴, § 2, nm. 34, sosteniendo que hay que aplicar los elementos respectivamente más favorables de ambas leyes.

⁹⁴ Ampliamente al respecto LK¹¹-Gribbohm, § 2, nm. 15-28.

⁹⁵ BGHSt 6, 36 s.; 18, 14. La 2.^a StrRG había querido limitar la aplicación del § 2 IV sólo a las leyes con un plazo fijado en el calendario; pero la EGStGB ha vuelto a suprimir esa restricción. En contra Tiedemann, Peters-FS, 1974, 198 ss. Cfr. tb. Rüping, NSZ 1984, 450; W. Hassemmer, 1990, 201; Laaths, 1991.

económico, consiste en que el sujeto que ha incurrido en responsabilidad penal sólo debe beneficiarse por la desaparición de la ley que ha infringido, si el cese de su vigencia se debe a una modificación de la valoración políticocriminal, pero no si se debe sólo a un cambio de las circunstancias fácticas (p.ej. económicas). Además, si no existiera el § 2 IV, se podría infringir sin peligro una ley temporal en la última fase de su período de vigencia, puesto que el autor estaría seguro de que ya no se le iba a juzgar antes de su derogación. Pues bien, la indicada finalidad de la ley ha de determinar el modo de interpretación en casos dudosos: Así p.ej. las limitaciones de velocidad dotadas de sanción penal no son leyes temporales (BGHSt 6, 37 ss.), porque predominantemente se deben a necesidades de la seguridad del tráfico, que no se solucionan por sí mismas con el mero cambio de las circunstancias (¡la cuestión será distinta si la ley pretende lograr un ahorro de gasolina durante un período de tiempo limitado!). Y un precepto promulgado originariamente como ley temporal puede perder incluso posteriormente ese carácter si las circunstancias temporales inicialmente previstas como transitorias, y para las que el precepto estaba concebido, “se mantienen durante mucho tiempo” (BGHSt 6, 39).

VIII. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas ⁹⁶

1. La determinación o precisión de los presupuestos de la punibilidad

Asimismo, la prohibición de preceptos penales indeterminados no sólo concuerda con el tenor literal de la Constitución (“legalmente **determinada**”, cfr. nm. 11), sino que se corresponde por completo igualmente con la finalidad del principio de legalidad (nm. 18 ss.). Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivogeneral, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad. **65**

Teóricamente también resulta indiscutido que por indeterminación las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales y por tanto nulas. Así, el Tribunal Constitucional Bávaro ⁹⁷ declaró nulo, por vulnerar el principio de legalidad, un precepto en virtud del cual incurría en responsabilidad penal “el **66**

⁹⁶ Desde el punto de vista histórico: Krey, 1983, 84 ss. Sobre la jurisprud. ampliamente Krahl, 1986.

⁹⁷ BayGVBl. 1952, 8 s.

que infringiere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros”; y a ese respecto se consideró que ambas alternativas típicas (“orden público” e “intereses”) eran igual de excesivamente indeterminadas. Pero fuera de este caso, en la etapa posterior a la guerra casi nunca se ha declarado nulo un precepto penal por infringir el mandato de determinación o precisión ⁹⁸. Al contrario, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales. Desde que el BVerfG consideró que el antiguo tipo de la falta del “grave desmán (o abuso)” (§ 360, n.º 11, v. a., actualmente algo precisado como § 118 I OWiG) era suficientemente preciso, el legislador apenas tiene que reprimirse al utilizar cláusulas generales. Por eso tiene razón Welzel en su frase, frecuentemente citada ⁹⁹: “¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!” Naucke ¹⁰⁰ constata que “el Derecho penal resulta cada vez menos claro”, y Schünemann ¹⁰¹ ha diagnosticado que “el punto más débil del principio *nulla poena*” radica en el mandato de precisión de la ley.

- 67 Hace ya mucho tiempo que se discute si y, en su caso, cómo se puede remediar esta situación. Nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones (cfr. ya nm. 27). El punto neurálgico lo constituyen sobre todo los “conceptos necesitados de complementación valorativa”, que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo. Existen muchos ejemplos al respecto: el “grave desmán” (nm. 66), pero también los “móviles abyectos” en el asesinato (§ 211), la contravención “de las buenas costumbres” en las lesiones con consentimiento del ofendido (§ 226 a), la “reprobabilidad” que es precisa para la antijuridicidad de las coacciones (§ 240 II), y términos similares. Por lo general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos valorativos en forma de cláusulas generales, porque los mismos hacen posible una resolución justa del caso individual. Si las leyes sólo pudieran contener conceptos descriptivos y no valorativos, entonces, o bien tendrían que ser infinitamente largas o que presentar tal rigidez en su aplicación que podrían producirse resultados sumamente desafortunados a efectos políticsocriminales. Además existen fenómenos sociales, como las “injurias” (§ 185), que sencillamente no se pueden describir mediante formulaciones menos valorativas. Pero por otra parte, tampoco nos podemos conformar con una utilización cualquiera de conceptos que precisen complementación valorativa. Así p.ej., cuando

⁹⁸ Cfr., sin embargo, ahora BVerfG NStZ 1989, 229, para el caso de que un tipo penal se vincule a la infracción de deberes de conducta que se fundamenten mediante un acto administrativo.

⁹⁹ Welzel, Strafr ¹¹ [= PG, 1987; N. del T.], § 5 II 3.

¹⁰⁰ Naucke, 1973, 3.

¹⁰¹ Schünemann, 1978, 6.

respecto del juicio de reprobabilidad en las coacciones (§ 240 II) el BGH dice simplemente que en ese caso le corresponde al juez “decidir en lugar del legislador mediante una valoración directa si la coacción... en el caso concreto es antijurídica o no” (BGHSt 2, 196), tal desplazamiento de las competencias del legislador vulnera claramente la exigencia de determinación o precisión **legal**, y por tanto no puede admitirse.

Por consiguiente, hay que encontrar un límite, más allá del cual la indeterminación sea inconstitucional. Dicha tarea no se ha acometido en serio hasta tiempos recientes. El BVerfG pretende resolverla admitiendo, en primer lugar, que las exigencias de determinación legal crecen junto con la cuantía de la pena prevista en el tipo, y, en segundo lugar, que la concreción por la jurisprudencia de una ley indeterminada satisface ya el mandato constitucional¹⁰². Pero esta tesis no es convincente: pues el principio de legalidad rige por igual para todas las normas penales y no autoriza ciertas indulgencias en caso de delitos leves; y, por otra parte, si se encomienda a los tribunales la producción de la necesaria precisión, de ese modo precisamente se está renunciando a la división de poderes que pretende garantizar el art. 103 II GG. **68**

Diversos autores requieren que el legislador se aplique para lograr “la máxima precisión posible”. Según esto, los conceptos necesitados de complementación valorativa ciertamente no estarán prohibidos sin más, pero resultarán inconstitucionales cuando el legislador disponga de la posibilidad de una redacción legal más precisa¹⁰³. Este es un enfoque apreciable. Pero por una parte, va demasiado lejos, ya que no toda redacción legal menos afortunada puede convertir sin más un precepto en inconstitucional. Y por otra parte, tal enfoque incita a proceder ampliando al máximo la punibilidad; pues cuanto más lejos se desplace la línea que trace la frontera de la misma, tanto más inevitable será tener que volver a excluir los casos no merecedores de pena por medio de conceptos necesitados de complementación valorativa¹⁰⁴. Así p.ej., si se redactan las coacciones de un modo tan amplio como lo hace el § 240 I, será casi imposible arreglárselas sin una cláusula restrictiva como la cláusula de la reprobabilidad que contiene el § 240 II. **69**

Por último, una tercera solución se basa en la idea de la ponderación: según esto, los conceptos necesitados de complementación valorativa serán admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son preponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica protegido por el art. 103 II GG¹⁰⁵. Pero esta solución es objetable porque con ella se relativiza de modo inadmisibile el principio de legalidad. Los puntos de vista de la justicia y de la necesidad de pena deben tenerse en cuenta dentro de los límites trazados por el art. 103 II GG, pues de lo contrario se estará renunciando al principio de determinación en favor de las concepciones judiciales sobre la justicia¹⁰⁶. **70**

En el caso de los conceptos necesitados de complementación valorativa (“reprobable” en el § 240 II, “buenas costumbres” en el § 226 a, “móviles abyectos” en el § 211) es frecuente sostener que sólo se puede afirmar que concurren cuando lo admitan todas las interpreta- **71**

¹⁰² BVerfGE 14, 245 ss.; 26, 41 ss.

¹⁰³ Así sobre todo Kohlmann, 1969, 247 ss., con un “esquema en tres fases”; Lenckner, JuS 1968, 305; Naucke, 1973, 3 ss.; Jakobs, AT², 4/25 (con restricciones); Sch/Sch/Eser²⁴, § 1, nm. 20.

¹⁰⁴ Cfr. sobre esta crítica tb. Schönemann, 1978, 33 s.; Lemmel, 1970, 100 ss.

¹⁰⁵ Lenckner, JuS 1968, 305 s.; similar tb. Seel, 1965, 114, 127 s., 133 y *passim*.

¹⁰⁶ Cfr. tb. Schönemann, 1978, 32; Lemmel, 1970, 106 ss.

ciones defendibles ¹⁰⁷. Esta es una idea aprovechable, pero no se le puede otorgar carácter absoluto: pues incluso una concepción moral extendida de modo general puede estar guiada en el caso concreto por prejuicios constitucionalmente objetables, y que no debería hacer suyos la jurisprudencia; y por otra parte, la decisión valorativa del legislador puede en su caso desprenderse tan claramente del contexto de la ley que el juez estará vinculado a la misma con independencia de que sea objeto de pública polémica ¹⁰⁸.

- 72** Una nueva propuesta distinta es la presentada por Schünemann ¹⁰⁹, que pretende “definir... el concepto de determinación... en el sentido... de que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables a efectos de la delimitación de la conducta punible en todo caso ha de superar el 50 %”. Tras esta propuesta late la idea de que sólo se puede seguir hablando de un “principio” de determinación o precisión si el número de los casos determinados supera al de los indeterminados y no se convierte la excepción en regla. No obstante, un 49 % de indeterminación también es difícilmente compatible con la Constitución, máxime cuando apenas es posible efectuar una estimación cuantitativa en porcentajes con suficiente seguridad.
- 73** La solución correcta habrá que buscarla por la vía que prefiguran los principios de la interpretación en Derecho penal (nm. 26 ss.). Según los mismos, un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador ¹¹⁰ y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. En tal caso se dará un marco de regulación, cuya concreción se podrá seguir considerando como interpretación de una ley determinada (precisa). Y a ese respecto, los intentos doctrinales de delimitación, que sólo resultan problemáticos si se aceptan de modo unilateral, de todos modos pueden ofrecer valiosos puntos de apoyo.
- 74** Los requisitos de determinación que según esto hay que exigir, se cumplen p.ej. en el tipo de las “injurias” (§ 185), puesto que una manifestación de desprecio sólo logrará su fin si la misma es también entendida como tal. Del mismo modo se puede considerar que el concepto de “otro móvil abyecto” (§ 211) sigue siendo conforme a la Constitución: pues está claro que el fin de la ley radica en castigar más duramente los homicidios especialmente reprobables; y la cuestión de qué motivos cabe considerar como “abyectos”, es algo que se puede averiguar mediante interpretación por la equiparación que la ley hace de los mismos con los móviles del “placer en el asesinato”, la “satisfacción del instinto sexual” y la “codicia”. En cambio, contra lo mantenido por el BVerfG, la punición del “desmán o abuso grave” (§ 360, n.º 11, v. a.) era inconstitucional ¹¹¹, pues no está claro el fin perseguido aquí por el legislador;

¹⁰⁷ Roxin, JuS 1964, 379 (= Grundlagenprobleme, 200); Schlüchter, NStZ 1984, 300, que propone el criterio del “mínimo común”; Jescheck, AT ⁴, § 15 I 4.

¹⁰⁸ Críticamente tb. Jakobs, AT ², 4/32.

¹⁰⁹ Schünemann, 1978, 35 ss.

¹¹⁰ De modo similar en este punto Lemmel, 1970, 180 ss., y Schroth, 1992, 108: para este último, en los conceptos indeterminados ha de “poderse reconocer, partiendo del contexto de la regulación o del contexto de la decisión legislativa, un cometido valorativo de esos elementos del tipo que permita desarrollar criterios de valoración”.

¹¹¹ Sostienen tb. su inconstitucionalidad, p.ej., Lenckner, JuS 1968, 305; SK ⁵-Rudolphi, § 1, nm.

existen muy diversas clases de “desmanes” y cada individuo tiene al respecto concepciones sumamente personales (como lo prueba el uso del lenguaje), por lo que las posibles “interpretaciones” del concepto llegan hasta el infinito.

En otros casos sólo se podrá afirmar la constitucionalidad de un precepto si se hace una interpretación muy restrictiva del mismo. Así p.ej., es cierto que del § 226 a se puede deducir que el legislador quiere que se castiguen las lesiones pese al consentimiento del lesionado, si las mismas contravienen reglas reconocidas de conducta; pero la cuestión de cuándo sucede eso, se caracteriza mediante el concepto de las “buenas costumbres” de modo tan poco claro que el puro tenor literal ya no supone un límite a la interpretación ¹¹². Por otra parte, en algunos casos el juicio de reprobación del legislador se puede determinar claramente a partir de otros preceptos. Así p.ej., quien se deje mutilar para eximirse del servicio militar o para obtener fraudulentamente una pensión de invalidez, será castigado por los §§ 109 o 263; y de esa responsabilidad penal de la víctima se desprende con seguridad que el legislador reprueba fuertemente el hecho de las lesiones. Pero entonces la punibilidad ha de quedar limitada a dichos casos en los que se precisa el contenido del concepto de las “buenas costumbres” mediante otros preceptos; en cambio, en los casos en que no hay una clara toma de posición del legislador, como sucede en la esterilización voluntaria, hay que negar una infracción de las buenas costumbres y por tanto afirmar la licitud de la intervención (para más detalles sobre el § 226 a, cfr. § 13, nm. 27, 36 ss.). De modo similar hay que proceder también en cuanto al concepto de la “reprobabilidad” en el § 240 II ¹¹³. Por consiguiente, sólo se podrá declarar la total nulidad de un precepto por intedeterminación cuando no sea posible reducirlo a un núcleo determinable.

De lo dicho se deriva que no es cierto en absoluto que el principio de determinación esté vacío de contenido, como opinan algunos. Sólo hay que revisar, sirviéndose de los puntos de vista expuestos, cualquier tipo concreto en el que se planteen dudas. A tal efecto, aquí sólo es posible dar directrices (ilustradas con ejemplos), cuyo desarrollo es una cuestión que pertenece a la Parte especial. No obstante, es cierto que falta la determinación en sí misma necesaria en aquellas partes de la Parte general que intencionadamente el legislador no ha regulado y ha encomendado su desarrollo a la jurisprudencia y doctrina científica (cfr. nm. 46 s.). Pero como los creadores de la Constitución (incluso ya en la de Weimar) lo sabían y no lo quisieron cambiar (a pesar de que en su momento la Parte general aún estaba regulada de modo más frag-

14; Schünemann, 1978, 32 s.; Schroeder, JZ 1969, 775; Schröder, JR 1964, 392; idem, JZ 1966, 649; Jakobs, AT², 4/28.

¹¹² Sostiene su inconstitucionalidad p.ej. Lemmel, 1970, 191. Ulteriores indicaciones bibliográficas en LK¹⁰-Hirsch, § 226 a, nm. 2.

¹¹³ Cfr. sobre todo ello mi trabajo en: JuS 1964, 373 ss. (= Grundlagenprobleme, 184 ss.).

mentario en la ley), en este punto hay que afirmar la existencia de una restricción inmanente (y materialmente fundada) del principio de legalidad.

2. El principio de determinación o precisión en el ámbito de las consecuencias del delito

77 El art. 103 II GG requiere una suficiente precisión o determinación no sólo de los presupuestos de la punibilidad, sino también de la pena y las demás consecuencias del delito ¹¹⁴. Sin embargo, la jurisprudencia frecuentemente ha procedido en este punto con más generosidad de lo que sería compatible con la Constitución. Así BGHSt 13, 191, ha considerado que la previsión como pena típica “de cualquier pena admisible, excepto la pena de muerte”, sigue siendo suficientemente determinada. Esto es incorrecto con toda seguridad, pues un marco penal que comprenda desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua, no le permite al ciudadano una estimación de las consecuencias que pueden afectarle, y por tanto contraviene una exigencia fundamental del principio de legalidad. Por eso la doctrina exige en general con razón, como mínimo, una fijación de la clase de pena.

78 Pero incluso dentro de la misma clase de pena hay que considerar como inconstitucional un marco penal que sea ilimitado. Por tanto, frente a lo que sostiene BGHSt 3, 262, es inadmisibles la previsión típica de una pena de multa de cuantía indeterminada; dado que una sanción así se mueve entre el simple recordatorio y la total destrucción de la existencia económica, no proporciona una garantía suficiente frente a la arbitrariedad. El sistema de cuotas diarias, vigente desde 1975 (§ 4, nm. 37 s.), supone un intento de limitación mediante un marco penal que va desde 5 a 360 (en el supuesto del § 54 II 2: 720) cuotas diarias, lo que acaba dando como resultado un importe comprendido entre 10 y 3.600.000 (o excepcionalmente 7.200.000) marcos. Por las razones expuestas, esta extensión también es insostenible desde el punto de vista del Estado de Derecho ¹¹⁵; por ello, el BVerfG debería rebajar el límite máximo de pena, como inicialmente había previsto el legislador, a una décima parte de la cuantía actual. Y en el caso de la prisión también hay marcos penales que se sitúan al borde de la inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, los §§ 212 y 213 prevén para el homicidio una amplitud tal en la pena que va desde seis meses hasta la prisión perpetua; y si ello se puede seguir considerando compatible con el art. 103 II GG ¹¹⁶, es porque al menos el marco penal normal (5-15 años) supone una dimensión abarcable.

¹¹⁴ BVerfGE 25, 269 ss.; 45, 363; BGHSt 18, 140; en contra K. Peters, 1955, 18 s.

¹¹⁵ Tb. lo consideran inconstitucional SK²-Schreiber, § 1, nm. 15; Stratenwerth, AT³, nm. 84; en el fondo tb. Jescheck, AT⁴, § 15 I 5.

¹¹⁶ Sostiene su inconstitucionalidad Schünemann, 1978, 38.

En conjunto se puede afirmar que en las consecuencias jurídicas se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque el principio de culpabilidad (§ 3, nm. 46 ss.) y los principios codificados de la medición de la pena (§ 46) le dan al autor del delito un cierto grado de seguridad compensadora. Pero lo cierto es que la cuantía de pena, que debe calcularse mediante esos principios, es menos calculable y además no es independiente del marco penal. Por eso, el legislador, que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas ¹¹⁷.

¹¹⁷ Formula una propuesta al respecto Schünemann, 1978, 38.