

ALGUNOS PROBLEMAS MODERNOS SOBRE LA ANALOGIA EN EL DERECHO PENAL

POR

VALENTIN SILVA MELERO

Catedrático de la Universidad de Oviedo

I

Consideraciones generales

Casi todos los autores que se ocupan de la analogía, la consideran como instrumento lógico destinado a suplir la insuficiencia de la ley. Se trata de una relación de semejanza entre dos objetos de tal manera que de la igualdad o similitud de algunos elementos se deduce también la de los demás.

Ya los jurisconsultos romanos advirtieron que la Ley no puede prever todos los casos posibles tanto porque no los considerase importantes como porque se trate de hechos nuevos que surgen después de la formulación de la norma.

En las legislaciones primitivas la simplicidad de las leyes hace ineludible la intervención del juez para coadyuvar o suplir las lagunas legales. Así, el Pretor romano hubo un tiempo en que tu-

vo esta actividad creadora, pero al perfeccionarse la obra legislativa, ya no pudo proceder de la misma manera, y hubo de acudir a las *ficciones* o *acciones* útiles que encuentran base positiva por medio de la interpretación.

El problema de las lagunas en el Derecho se ha debatido especialmente en Alemania e Italia, donde predomina el criterio de que considerado el ordenamiento jurídico en su conjunto, no puede producirse el fenómeno de la ausencia de principios que resuelvan el caso concreto. Tal es por ejemplo, el punto de vista de *Savigni*, y si ciertamente puede existir algún supuesto en que no se encuentre una Ley exactamente aplicable al caso, por inexistencia de una norma precisa, los principios generales del derecho ofrecen la solución. Es evidente que en esta hipótesis el juez para decidir el caso sometido a su conocimiento debe arbitrar una norma, pero tal disposición no es una creación de su fantasía, sino que aparece ya en una disposición legal aunque se refiera a otros casos, o en un principio cardinal del sistema jurídico. Desde este punto de vista existen lagunas en el derecho, considerado éste con referencia a una norma concreta, pero no en relación a lo que que *Bülow* llamaba ordenación jurídica general. Para resolver los problemas jurídicos planteados por la concreta insuficiencia legal se acude a un procedimiento que técnicamente se califica de analogía. Presupuesto, pues, del sistema analógico es la falta de una precisa disposición de la ley.

Se habla de analogía *legis* cuando el supuesto se resuelve conforme a los principios de otra norma concreta, que si bien no le comprende gramaticalmente si conforme a su sentido (*lex minus scripsit plus voluit*). La analogía *legis* se produce cuando se argumenta sobre una disposición concreta, o de un conjunto de normas que regulan una materia particular, y es preciso distinguirla bien de la interpretación extensiva, ya que no siempre se han considerado cosas distintas. Teóricamente la distinción es clara, pero en la práctica no faltan dificultades. Aplicada una norma a un supuesto no previsto expresamente, ¿se interpreta extensivamente

o se argumenta por analogía? La duda no tendría importancia dado que el resultado es igual en ambos casos, pero sí tiene interés por cuanto que en nuestro derecho penal vigente está prohibida la analogía y no la interpretación extensiva. En esta última el juez busca el sentido de la norma mientras que en la analogía ha de indagar si el caso que ha de resolver es semejante al expresamente previsto en la Ley, es decir si la *ratio* que anima la disposición es tal que puede también aplicarse al supuesto nuevo no previsto, de tal modo que entre uno y otro aparezca la *eadem ratio*. Se aplica el principio *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*.

Cuando la ley no prevé el caso similar hay que acudir a los principios generales del derecho, para mí, este es el sentido de la llamada analogía jurídica, ya que estos principios no deben buscarse fuera del derecho positivo, sino que examinado éste en su conjunto permite generalizar los conceptos y detraer de ellos una conclusión que resuelva el problema, porque de lo contrario se otorgarían al juez facultades legislativas y es sabido que la jurisprudencia descubre, pone de relieve lo que está latente en la norma, pero no crea un sentido propio. Su campo es vasto y noble, pero su función no es creadora del derecho.

II

La analogía en el Derecho penal

El Derecho penal aparece modernamente fundado sobre tres principios. No hay infracción donde no hay Ley. No hay delito sin Ley. No hay pena sin Ley. Como diría *Saldaña* la Ley tiene la exclusiva de la vida penal. El aforismo *nullum crimen sine lege* significa en el lenguaje contemporáneo la prohibición de aplicar Leyes penales por analogía. Con este aforismo se enuncia además la prohibición de castigar a cualquiera con penas que no aparezcan previamente establecidas en la Ley, y hasta nuestros días, y con las excepciones que luego veremos, estos principios aparecían tan unáni-

mente admitidos que puede decirse, como asegura *Von Listz*, que el derecho escrito es la única fuente dispositiva del Derecho penal. El concepto se viene repitiendo regularmente desde fines del siglo XVIII.

No siempre se desarrolló la vida jurídica penal bajo aquel signo. En Roma una prohibición análoga a la difundida en las ordenaciones modernas, no tuvo vigor si no limitadamente en el proceso ordinario por *quaestiones* instituido en el siglo II antes de Cristo. No solo la *coertio* actividad pública de policía con fines preventivos no fué vinculada a la Ley, sino que en el ámbito de la misma *poenitio*, actividad pública propiamente penal y represiva, los Magistrados, podían proveer, según su libre convicción, tanto durante el proceso comicial de los primeros siglos de la República, cuanto especialmente al florecer la *extraordinaria cognitio*.

En la Edad Media y Moderna, hasta la segunda mitad del siglo XVIII, no encontramos el principio de legalidad salvo excepciones esporádicas. En general no estaba prohibida la analogía y ni aun la constitución *Carolina*, que intentó frenar los abusos de los jueces, la prohibió. Puede decirse que hasta el siglo XVIII la incertidumbre es la tónica del campo penal no sin que contra este estado de cosas se alzarán voces de teólogos y juristas eminentes.

Situación distinta presentaba el derecho inglés desde fines del año 1215 en virtud del artículo 39 de la *Magna Charta*, y por la limitación de los poderes del Estado e individuo, que aparecen como dos mundos separados para garantía de la recíproca libertad. Esta concepción inspira los escritos revolucionarios del siglo XVIII, especialmente de *Montesquieu*, en cuya obra fundamental se asegura se inspiró el principio *nullum crimen sine lege* que introducido en 1774 en los Estados Unidos de América, formulado como disposición legislativa en el Código Austriaco de José II en 1787, y después en el art. 7.º de la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano en 1789, en el artículo 8.º de la Constitución Francesa de 1791 y en el Código Prusiano párrafo 9.º, 11 y 20, se expande por todas las Legislaciones con la consecuencia de ser casi

unánimemente admitido el principio, de que las normas penales definidoras de figuras delictivas, o aquellas que determinan las circunstancias o causas agravantes no pueden aplicarse por analogía.

Esta prohibición aparece por primera vez en el *Tratado de Feurbach*, y difundida por el mundo se le dió un contenido político y constitucional, pero aquel jurista le otorgó un fundamento propiamente técnico al fundarla sobre la función intimidadora o de coacción psicológica que una penalidad prevista había de producir en el espíritu del delincuente. Y aunque hoy se entiendan las cosas de distinta manera, no cabe duda que *Feurbach* dotó a la institución de un fundamento específicamente jurídico. El principio *nullum crimen sine lege* se ha mantenido hasta hoy, posiblemente por razones políticas y no sólo por la Escuela clásica del Derecho penal, sino también por la positiva, a pesar de que según los postulados de esta última faltara aquel principio un fundamento científico.

En estos últimos años el apotegma fundamental del Derecho penal sufre una honda crisis. Innovaciones introducidas por algunas importantes legislaciones encendieron vivas discusiones. Se admite la analogía desde el año 1922 en Rusia, aunque últimamente se haya producido una nueva tendencia, que ulteriormente estudiaremos. La exalta Alemania como una de las más luminosas conquistas del nuevo Derecho. No se restringe el uso de la analogía en Dinamarca conforme a su tradición jurídica. La utiliza la jurisprudencia en Suecia, Noruega y Holanda. Se admite legalmente en una Ley correccional de un cantón suizo y en la Ley penal del Afganistán. En Inglaterra, por el contrario, aunque históricamente su sistema jurídico no repele la analogía, hoy parece que existe un movimiento dirigido a proclamar la estricta legalidad del Derecho penal, ya decretada en algunos dominios británicos como en la India o Nueva Zelanda. La Legislación eclesiástica permite llegar a la conclusión de ser opuesta a una estricta legalidad en materia penal. El artículo 23 de la ley de 7 de junio de 1929 sobre las fuentes del Derecho del Estado de la ciudad del Vaticano castiga las ofensas a los principios religiosos, morales, al orden público o a la se-

guridad de las personas o de las cosas, aunque estos actos no aparezcan estrictamente previstos en la Legislación italiana.

III

La analogía en Rusia

Yerran los que piensan que este problema en Rusia presenta características parecidas a los demás países que aceptan la institución, por la razón, de que es un principio inconcuso de aquella revolución que así como la Religión es el opio para el pueblo el derecho es un tóxico más peligroso todavía. En Rusia no existe propiamente un sentido jurídico y puede afirmarse que en materia penal reina la arbitrariedad. Es cierto que en la Unión soviética se han producido recientemente acontecimientos políticos que a primera vista pudieran hacer pensar en una mutación fundamental del sistema pero esto no es más que en la apariencia y hoy persiste el principio de aplicación del derecho bolchevique escrito solamente en cuanto no contradiga las necesidades de la vida estatal y las momentáneas exigencias del Estado. Estamos, pues, siempre en pleno derecho transitorio, valga la frase, por la razón de que solo esta fórmula conviene al bolchevismo cuya vigencia ocasional es consustancial con el carácter y aspiraciones de aquella revolución. La tesis leninista de la gradual extinción del Derecho, paralela a la gradual extinción de las clases y del Estado, constituye la corroboración de nuestra afirmación y aunque *Krilenko* intentó formar un verdadero y propio sistema jurídico, ello no es más que un mosaico de normas distintas que no pueden calificarse de sistema. Y en definitiva, bajo la base de la llamada legalidad revolucionaria, en que están previstos delitos bien definidos, se repudia el principio *nulla poena sine lege* como burgués y se proclama la admisibilidad de la analogía como una característica típicamente soviética del Derecho penal, lo que no es exacto ya que si fuera así la institución objeto de estudio no sería propiamente jurídica ni hubiera

tenido realidad con anterioridad a la revolución rusa. La prueba de lo que antecede es que la conoció incluso el derecho zarista y la regulan hoy otras ordenaciones jurídicas no precisamente bolcheviques.

La analogía, pues, como medio subsidiario técnico no es soviética. Lo que ocurre es que en Rusia tiene determinadas características entre las que destacan no la de ser un medio para colmar las posibles lagunas de la Ley si no para crear figuras delictivas.

Es cierto, sin embargo, que las nuevas tendencias jurídico-penales de la URSS hijas de la nueva constitución rusa están inspiradas en el principio de la retribución con definición de figuras delictivas perfectamente tipificadas y exclusión de la analogía, pero sería erróneo reconocer en esta tendencia una proclamación de los principios del Estado de derecho. El abandono de la analogía no tendrá otro valor que el puramente técnico por la exigencia de una magistratura inidónea que no está en condiciones de que le sean conferidas facultades de invención del derecho, pero la elasticidad de los preceptos, especialmente, en materia de delitos políticos, permite todas las arbitrariedades. Por eso la apariencia de la aceptación de los principios de la equivalencia y el abandono de la prevención es solo una máscara externa ya que existe una legislación penal administrativa que permite el internamiento en colonias penitenciarias sin que exista imputación delictiva (Ley de 5 de noviembre de 1934 vigentes) y al no ser modificado el fuero especial para los delitos políticos la nueva orientación es naturalmente una apariencia con fines que se adivinan.

Siendo el bolchevismo la más elocuente expresión materialista no es imaginable un derecho penal fundado en la equivalencia o retribución. El Estado soviético como dice *Maurach*, privado de justificaciones morales, le está vedado un fundamento ético de la penalidad.

I V

La analogía en el Derecho alemán

Exigencias prácticas derivadas de la insuficiencia de las leyes vigentes, con la consiguiente crisis de la justicia penal, más que una concepción antiliberal, han llevado al legislador nacional-socialista a dictar con la Novela de 28 de Junio de 1935 el nuevo párrafo 2.º del Código Penal vigente. El precepto dice así: Punible es un hecho declarado en la Ley como tal, o cuando merece serlo conforme al sentido fundamental de una norma punitiva, o según el sano sentimiento popular. En el supuesto de que el hecho no aparezca configurado en una determinada Ley penal, será sancionado conforme a la norma cuyo pensamiento fundamental mejor se adapte.

Dice *Schoenke* comentando este precepto que se trata de establecer las dos fuentes de conocimiento que el juez tiene a su disposición para la aplicación del Derecho penal. La más importante de ambas es la Ley, la segunda es el llamado sano sentimiento popular en relación con el pensamiento fundamental de una Ley penal. Refiriéndose concretamente a la Ley asegura el aludido Profesor alemán que como mandato del Führer es la más segura expresión del sentido popular. El juez aplica la Ley interpretándola conforme a su sentido, sin distinciones o problemas en torno a la interpretación literal ya que el Derecho penal del futuro, en su opinión, supone que cada norma jurídica haya de interpretarse conforme a su sentido fundamental.

El sano sentimiento del pueblo en relación con el pensamiento fundamental de la Ley penal que mejor se adapte al caso debatido es, en opinión de los juristas alemanes, un supuesto de interpretación analógica. La dificultad está en saber que debe entenderse por sano sentimiento del pueblo que ha sido interpretado conforme al sentimiento natural de todo lo bueno equitativo y honesto, o como la concepción general de las gentes discretas, destacándose que no basta la inmoralidad del hecho porque es ineludible que

aquel merezca sanción según el pensamiento fundamental de una Ley penal. *El Reichsgericht* ha interpretado el precepto aludido en el sentido de que no se trata de un supuesto de analogía jurídica, es decir, de una deducción del conjunto del Derecho penal si no de un caso de analogía legal, puesto que el juez no podrá generalizar el sentir de una determinada norma, cuando la vinculación del hecho punible a la Ley, no aparezca adecuada, o cuando contrarie o se oponga al pensamiento del legislador.

Ciertamente que existen tendencias extremas que han tratado de desvincular totalmente al juez de la norma, pero la interpretación que hemos transcrito es la dominante y como puede apreciarse no se trata de otorgar al juzgador facultades creadoras sino de interpretación analógica que es cosa bien distinta. El fino sentido de los juristas alemanes ha hecho posible la adopción de la analogía sin quebrantar los principios fundamentales de la ordenación jurídica.

Por eso pudo decir *Battaglioni* que el precepto que brevemente hemos glosado más que un supuesto de analogía es un caso de interpretación extensiva, y por eso, también se observa una circunspección en los jueces al aplicar aquella norma no siendo de prever en el futuro que se produzcan modificaciones esenciales dada la completa centralización que inspira la ordenación económica y política del Reich.

V

Algunos criterios científicos sobre la analogía

En Inglaterra se ha debatido el problema de si el Derecho penal inglés admite o no la analogía. Con motivo de una sentencia inglesa que resuelve el caso de una mujer que había denunciado en el departamento de policía un supuesto rapto con un culpable imaginario, el Tribunal afirmó la responsabilidad penal de la denunciante remitiéndose a varios precedentes judiciales. Se dijo de esta

resolución que los jueces habían creado *ex novo* una acción punible y que ello es inadmisibile por atribuir a los Tribunales un poder ilimitado lo que ha parecido sencillamente intolerable a un importante sector doctrinal. No faltan tampoco quienes han aprobado calurosamente esta decisión con fundamento en una vieja máxima jurídica que era dudoso, hasta la resolución aludida, que pudiera aplicarse al Derecho penal, argumentándose que dada la evolución vertiginosa del mundo actual se pone frecuentemente a los jueces ante problemas nuevos que es preciso resolver debiendo hacerlo conforme a la máxima llamada «*de justicia privada, actitud moral y pública conveniencia*» de gran importancia en el Derecho inglés y cuya generalidad permite resoluciones justas. En definitiva este sector doctrinal se pronuncia por admitir excepciones al principio *nullum crimen sine lege* como en los casos resueltos ya por la Jurisprudencia en casi todos los países, de hurto de electricidad, y el cometido mediante aparatos automáticos de venta.

Por una mayor flexibilidad del principio de legalidad se ha pronunciado algún sector de la doctrina japonesa que opta por la introducción de la analogía como método de interpretación en el Derecho penal.

En Francia pese a la tradición legalista no faltan tampoco voces para que no se exagere la interpretación restrictiva con perjuicio de la defensa social y el mantenimiento del orden público, de lo que existen ya precedentes en la jurisprudencia francesa como al extender la prohibición de reproducir obras literarias y artísticas a la realizada por medio de la radio y en materia de injurias prevista legalmente para las imágenes y retratos, que se han extendido a la cinematografía y radio.

En Argentina se ha expresado el criterio de mantener los moldes clásicos pero perfeccionando los métodos de lucha contra la criminalidad por una solícita previsión legislativa, criterio mantenido también en Italia donde se ha llegado a decir que la analogía conduce al derecho libre, pero distinguiendo entre interpretación extensiva y analogía, admitiendo aquélla cuando se produzca

un caso que no está comprendido en el texto de la Ley pero que según la voluntad del legislador debiera estarlo. El hecho de que el Código italiano haya mantenido firmemente el principio de legalidad revela que las exigencias de la técnica legislativa son independientes de la concepción liberal.

VI

La analogía en los Congresos Internacionales

El Congreso Jurídico holandés convocado para el 13 de noviembre de 1937 discutió este problema. Veamos la opinión de algunos Profesores:

V. A. Roling no atribuye gran importancia práctica a la cuestión debatida del principio *nulla pena sine lege*, por la razón, de que como garantía contra cualquier arbitrariedad del juez sirve la clara y exhaustiva redacción de las disposiciones especiales del Código penal que reciben vida en la lógica interpretación del juez. Con relación a ciertas disposiciones es bastante la interpretación literal según el punto de vista del uso y la construcción gramatical. La diferencia entre interpretación y analogía consiste en la atribución de mayor o menor importancia al sentido gramatical del texto. La distinción entre interpretación extensiva y analogía no es conceptual.

Van Maanen: Está por encima de la sabiduría humana prevé todos los casos posibles, más todavía, distinguir y precisar todos los perjuicios de una acción criminal. El principio debe ser evitar la posibilidad de injusticia y salvar la unidad del Derecho penal. El moderno Código penal holandés prohíbe la analogía, la jurisprudencia la admite. La analogía viene expresamente reconocida en el Código penal danés. Se dice que la organización judicial y la persona de los jueces son suficientes garantías contra cualquier abuso que podría derivar de su admisión. Las conclusiones del autor citado son con respecto al Derecho holandés la norma de interpre-

tación rigurosa de las leyes penales pero en su sentir el fin de la disposición debe prevalecer sobre las palabras si bien no es necesario que la Ley admita expresamente la analogía.

Opinión del Profesor *Langemeije*: Es preferible, dice, autorizar expresamente la analogía que admitirla subrepticamente. Interpretación extensiva y analogía son dos maneras distintas de denominar la misma cosa. Estima que las ventajas de la analogía son la de permitir que sea menor el número de delincuentes que pueden eludir la acción de la justicia que al no saber hasta qué punto la interpretación extensiva del juez reaccionará contra el delito hace más difícil la posición del malhechor y más eficaz la defensa de los ciudadanos. Combate la expresión de *Listz* de denominar *Magna Charta* de los delincuentes al principio *nulla poena*. Las conclusiones de este Profesor son: la analogía en el sentido de deducción de la decisión de una norma ampliada no es conciliable con la naturaleza general del Derecho penal holandés si bien *de iure condendo* una gran cantidad de supuestos que no son punibles dentro del principio de legalidad, y que merecen serlo, podrían ser sancionados si la Ley admitiese expresamente la analogía. Reconoce que las objeciones contra esta solución son preponderantes.

Parecer del profesor *B. M. Taverne*: afirma que se trata de un problema exclusivamente jurídico desnaturalizándosele si se le considera desde un punto de vista político. Distingue entre interpretación extensiva y analogía, porque en su opinión la interpretación se basa sobre aquello que la Ley dice y la analogía sobre aquello que no ha dicho.

Cree que lo obligatorio debe de ser la ley y no la voluntad del legislador. Admite la analogía pero limitada para que no degeneren en arbitrio. Afirmar que la garantía está en los Jueces equivale a considerarlos perfectos y si fuera así sobraría el Código penal. No cree que la analogía sea más peligrosa que la interpretación, diciendo que la analogía es una cosa honesta abierta a todas las discusiones mientras la interpretación extensiva no es más que una analogía clandestina e hipócrita. Concluye sosteniendo que el

tiempo del principio *nulla poena* ha pasado ya y no constituye hoy un obstáculo a la formación de una verdadera y justa jurisprudencia. En la tutela del orden jurídico de la sociedad el juez, debe ser libre de toda clase de tutelas, debe ser siervo fiel, pero no esclavo de la Ley. En el mismo Congreso y por motivos distintos, rechazan la analogía *Cnopius*, *Dynstee*, *Rutgers* y *Bemmelen*. La admite de un modo limitado *Marx* a quien no importan la distinción entre la interpretación y analogía y estima conveniente una analogía limitada bajo esta fórmula: 1.º Atenerse al texto en lo posible. 2.º Control periódico de la legislación en evitación de lagunas. 3.º Limitada la analogía a los delitos y excluída de las contravenciones. Es peligroso admitirla en alguna clase de delitos (políticos, religiosos y derechos fundamentales) en los cuales el Código debe ser verdaderamente la *Magna Charta* del ciudadano. *Browsers* entiende que por medio de la analogía no deben crearse nuevos hechos punibles. Después de este límite la analogía es admisible. *Van Bemmlen* afirma ser absolutamente contrario a la admisión de la analogía arma que califica de peligrosísima. La distinción entre interpretación y analogía estriba que la primera significa aplicación de la norma no claramente resultante de las palabras de la Ley. Analogía significa la aplicación de la norma positiva a hechos no comprendidos en la misma norma.

Tales fueron las opiniones más revelantes del *Congreso Jurídico Holandés* al que nos referimos y que viene a recoger las ponencias más destacadas ya debatidas en el *Congreso de París de 13 de julio de 1937*.

Evidentemente la doctrina dominante sobre la intangibilidad de los que se llamaron dogmas de Derecho penal responde probablemente a una superstición cuya causa debe ser buscada en las exageraciones ideológicas y liberales de la Revolución francesa, que si bien se explica como una reacción contra los abusos del antiguo régimen, no por ello deben dejar de ser consideradas como erróneas y falsas. Esta superstición consiste en mi opinión en la omnipotencia casi divina que se atribuyó a la Ley escrita, aquel

verbo perfecto de Derecho en expresión feliz, pero lo que es evidente que el principio está en crisis y de ello nos hemos ocupado en otra ocasión. Por ello se ha preconizado por el Profesor Sauer la institución de las infracciones generales que será realizada por medio de una introducción en el Código penal, tan flexibles que pueden abarcar la mayoría de los supuestos. La fórmula de este Profesor alemán es la siguiente: *Quien aprovechándose de la necesidad, debilidad, enfermedad, ausencia, inferioridad o desamparo, perpetra una conducta inmoral o antijurídica con daño de otro, podrá ser sancionado con pena de prisión hasta diez años.*

Esta teoría de Sauer ha sido revisada y establecida sobre bases nuevas por el Profesor griego Karanikas agregado a la Universidad de Atenas, en la ponencia presentada al Congreso de París citado, y estimando que la fórmula de aquél no es suficiente, propone otra que se insertará en la parte especial del Código penal en estos términos: *Quien con intención maliciosa y mezquina perjudica y ataca los bienes morales o materiales de una persona, o con la misma intención, incumple los deberes que le son impuestos por la Ley, por los contratos o por las cosas mismas, poniendo en peligro la vida o la salud de los demás, será castigado con prisión hasta dos años si este supuesto no está previsto por la Ley anteriormente.* Kaldí, griego también, no comparte este criterio pese a ser admitido por aquel Congreso, toda vez que entiende que la solución debe ser admitir sinceramente que la Ley aún siendo la fuente principal del Derecho penal contiene lagunas que es preciso llenar. Es erróneo, asegura, que el legislador sea el único competente para discernir el Derecho penal por la ficción de que representa a la voluntad general, y estima, que el juez encargado de interpretar y aplicar la norma debe poder sancionar un hecho que no entre en los términos de la Ley, bajo la condición de que no atente a los principios generales de la legislación en vigor, y constatando por lo demás, que la decisión no provoque transtornos sociales.

Es verdad que hoy ya no puede sostenerse la opinión de Demolombe declarando que él no conocía el Derecho civil, pero sí,

el Código de Napoleón. Es verdad que se ha comprobado que aún el Derecho penal no está todo contenido en la legalidad. Es verdad, que es preciso dejar de lado las exageraciones de las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano y aceptar tanto desde el punto de vista civil como criminal que el juez debe basar su decisión no sobre la Ley, pero sí sobre el Derecho. Pero es verdad también, que la admisión de la analogía ilimitadamente significa riesgos sin cuento. Después de todo la fórmula de *Sauer* y la de *Karikas* no es más que la hipertrofia de un nuevo tipo penal, y ahí radica el busilis de la cuestión. La solución podría ser quizás una revisión meticulosa de la parte especial del Código penal, la adaptación de fórmulas concretas pero flexibles, la formación idónea del personal judicial, la admisión de una interpretación extensiva en todo lo que se refiera a principios generales del Derecho penal y el recuerdo perenne a los clásicos *iuris precepta*, que deben informar toda resolución, por ser la quinta esencia de la justicia (1).

(1) Vid indicación bibliográfica en las páginas siguientes.

INDICACION BIBLIOGRAFICA

(REFERIDA EXCLUSIVAMENTE A LOS PROBLEMAS TRATADOS)

Bilow «Gesetz und Richteramt» (1885).

Julliot de la Morandiere, «De la regle nulla poena sine lege» (1910).

Heimberger, «Freiheit und Gebundenheit des Richter im weltliche und Kirchlichen Strafrecht (1927).

Anassov, en *Scuola Positiva* 1930-I-págs. 444 y ss.

Stallbrass Public Mischief, en *Law Quartely Review*, 1933-páginas 183 y siguientes.

Schaefer, en *Gürtner* «Das kommende Deutsche Strafrecht» (1935), páginas 200 y siguientes.

J. Schem, «Die Analogie im Strafrecht» (1936).

Bobne, en *Festschrift für Lehmann* (1937), págs. 71 y ss.

Weber, en *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft*, 56-páginas 653 y ss.

Kramer, «Die Analogie im Strafrecht nach bisherigen und neuem Recht (1936).

Martucci, en *Giustizia penale*, 1937-II-págs. 729 y ss.

Mezger en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1935-págs. 163 y ss.

Mezger, en *Giustizia penale* 1937-II-págs. 729 y ss.

Peco, *La analogía penal y la peligrosidad criminal* (Buenos Aires), *Archivos de Medicina legal*.—1936-n. 3.

Schönke, «en *Giustizia penale*», 1938-págs. 341 y ss. del vol I.

Weidenbaum, en *The Journal of comparative Legislation and international Law* 1937, XIX-I-pág. 90 y ss.

Ancel, en *Annales de L' Institut de Doroit comparee* (1936) páginas 245 y ss.

W. Mittermajer, en *Giustizia Penale*, 1937, I, págs. 670 y ss., 1937, II, págs. 100 y ss., 1938, I, págs. 33 y ss.

Caldi (P. E.), en *Giustizia Penale* 1938, I, págs. 48 y ss.

M. Karanikas, en *Rev. Intern. du D. P.* págs. 292 y ss. (1937).

C. Vasalli, en *Rivista di Diritto penitenziario*, pág. 674 (1937).

R. Maurach, en *Giustizia Penale*, 1938, V, págs. 346 y ss.

Weidenbaum: *The Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 19, 1.^a parte, págs. 90 y ss.

Magnol, en *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, págs. 221 y ss., 1936.

Allavilla, en *Rivista di Diritto Penitenziario*, págs. 213 y ss. 1937.

Pfeninger, *Liberalismus und Strafrecht in Festgabe fur Fleiner*, págs. 557 y ss., 1937.

El texto del Proyecto de *Krilenko* en *Giust. penale* 1932, parte 2.^a, págs. 1757 y ss.

Hartlieb, «Das politische Vertragssystem der Sovietunion», Leipzig, 1936.

Congreso jurídico holandés, por *Z. Hatasz* en *Giust. penale* 1938, I, págs. 358 y ss.

La analogía en el Derecho penal canónico, en *Rivista italiana di diritto penale* 1937, n.º 5, págs. 489 y ss.

K. Gelbert, en *Deutsches Strafrecht* Berlín 1938, fasc. 1-2, páginas 15 y ss.

S. Frank, *Analogie und Fiktion im Strafrecht* resumido en *Giust. penale* 1940, I, págs. 366 y ss.

Da Mota Veiga, en *Boletim dos institutos de Criminología* (Lisboa 1939, primer semestre págs. 85 y ss.

Schönke, *Strafgesetzbuch (Kommentar)* 1942, págs. 19 y ss.

Sauer, *Juristische Methodenlehre* (1940), págs. 304 y ss.

Kohlrausch, *Strafgesetzbuch* (1938), párrafo 2.º

Olshausen, Strafgesetzbuch (1936), párrafo 2.º

Gürtner, en *Deutsche Justiz*, 1935, págs. 1245 y ss.

H. Mayer, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes* (1936), páginas 121 y ss.

Juan del Rosal, «Nuevo sentido del Derecho penal (1942), páginas 214 y ss.

Vasalli, *Limiti del divieto d' analogía in materia penale* (1942).

Las conclusiones y ponencias del IV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, de interés indudable en materia de Analogía aparecen insertas en *Revue internationale de Droit penal* fascículos 1 y 4, págs. 138-420.