

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL ENTRE LA MODERNIDAD Y LA POSMODERNIDAD

José Luis Piñeiro
Universidad Nacional del Centro

1 El tema de las fuentes del derecho es, junto al del funcionamiento de la norma, uno de los más importantes dentro de la teoría general, y ello obedece a la íntima relación existente entre fuentes y el concepto que se tenga de lo que es el derecho.

1.1. Siendo la idea que lo define producto de los valores vigentes en determinados marcos culturales, la misma situación se refleja, por extensión, sobre las fuentes.

1.2. En tal sentido puede advertirse que dentro de la tradicional clasificación que se ha hecho sobre ellas, no todas se encuentran en un pie de igualdad entre sí, pues, conforme las épocas y según se entienda cual es el objeto del derecho, a algunas se le resta el carácter de tales y al resto se las diferencia en importancia.

2. En lo que a la ley se refiere, ésta casi siempre ha tendido una situación destacada, tanto en el derecho anglosajón en donde su consideración ha ido creciendo, como, fundamentalmente, en el derecho continental europeo en

donde en un momento se la tuvo como exclusiva y excluyente aunque hoy no ocupe esa posición de primacía.

2.1.El período de máximo apogeo de la ley se sitúa con posterioridad a la Revolución Francesa y se extiende durante casi todo el siglo XIX, y si bien es ahí a partir de donde, en términos generales, empieza a declinar su predominio, en ciertos contenidos, como por ejemplo el de carácter penal, no sufre mengua sino hasta las últimas décadas de la presente centuria.

2.2.La preponderancia de la ley en el tiempo señalado estuvo dada en que constituyó el mejor instrumento para consolidar el poder de la clase revolucionaria triunfante. Trastrocados por la fuerza los valores hasta entonces vigentes, la costumbre, como fuente depositaria de los intereses desplazados, debía ser suplida por aquella otra que pudiera expresar y afianzar los de la burguesía.

2.3.Esto a su vez se entronca con el pensamiento de la época que sustenta la existencia de una razón fuerte apoyada en principios inmutables y eternos susceptibles de ser expresado de manera abstracta y general y con la potencialidad necesaria para resolver, de manera precisa, los casos futuros.

2.4.De esa forma la ley se constituía en un medio insuperable para responder a las necesidades de ese tiempo. Era la expresión de la voluntad popular expresada a través de sus representantes -los legisladores-, afirmaba los valores que se pretendían imponer, y, además, acotaban los poderes de los jueces a quienes se desconfiaba por su actuación en el antiguo régimen.

3.Sin embargo conviene tener presente que en ese entonces no era la ley quien originaba los principios que habría de reproducir. Estos eran previos a

ella y la condicionaban. El legislador no los había creado, sino que simplemente los reconocía. Dichos principios eran el fruto del pensamiento del Enciclopedismo Iluminista cuya idea de sistema político se sustentaba en la persona humana, la que ocupaba el vértice de la pirámide axiológica (ético-político-jurídica) por oposición a los sistemas transpersonalistas.

3.1. Los principios que conciernen al Estado liberal son muchos, pero los referidos a la materia penal, que es la que aquí interesa, pueden circunscribirse a:

- 1) Principio de materialidad.
- 2) Principio de legalidad.
- 3) Principio de reserva.
- 4) Principio de tipicidad.
- 5) Principio de irretroactividad.
- 6) Principio de prohibición de la analogía.
- 7) Principio del bien jurídico.
- 8) Principio de culpabilidad.

3.2. Los mismos estuvieron destinados no solo a marcar el camino y delimitar firmemente las funciones de los legisladores penales, y la actuación de los jueces en el juzgamiento penal, sino a proteger la seguridad del ciudadano frente al poder punitivo estatal, brindándole la posibilidad de conocer el ámbito de lo penalmente prohibido y de lo jurídicamente permitido.

3.3. La fundamental importancia de la ley estuvo dada en su aptitud para plasmarlos y hacerlos socialmente efectivos. Por eso es importante recordar las características elementales de algunos de estos principios para luego

comprender mejor como, al desdibujarse en la actualidad, le han hecho perder a esta fuente la primacía indiscutida que ostentó durante tanto tiempo y la encaminan a perder aún más.

3.3.1. Principio de materialidad o del hecho.

“Nullum crimen, nulla poena sine actione o sine conducta”.

Se traduce en que el hecho ilícito necesariamente tiene que consistir en un acto u hecho humano que trascienda la subjetividad del autor para proyectarse en el mundo objetivo. En tal sentido la conducta se entiende como subjetividad que se extrovierte u objetiviza.

Este principio tiende a evitar que se consideren como delitos:

- a) Los pensamientos, las voliciones, los sentimientos. Se diferencia el ámbito de la moral del ámbito del derecho.
- b) Los pensamientos, las voliciones, los sentimientos, aún cuando sean verbalizados. Se evita castigar, básicamente, las ideas políticas.
- c) Los tipos de autor. Es decir, punir a las personas por lo que “son” y no por lo que “hacen”. La violación de este principio se observa de manera recurrente en los tipos contravencionales.

3.3.2. Principio de legalidad.-

“Nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Sintéticamente puede describirse este principio indicando que no pueden existir delitos ni penas fuera de los expresamente previstos en la ley penal.

Su formulación corresponde a Feuerbach, aunque ya había sido enunciado tanto por Beccaria como por Montesquieu.

El principio de legalidad “formal”, que está íntimamente ligado al tema de las fuentes (la ley como única fuente del derecho penal), no logra cumplir en sí mismo una función de garantía si no es complementado por los principios de: a) Reserva –lex penal scripta-; b) Tipicidad –lex penal certa-; c) Irretroactividad –lex penal praevia-; y d) Prohibición de la analogía –lex penal stricta-.

3.3.3. Principio de reserva.

“Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta”.

Según este principio tan solo la ley, entendida restrictivamente en sentido formal y no material, puede resultar fuente de delitos y de penas.

Nace de la idea de que solo el poder legislativo, representante de la voluntad popular, constituía suficiente garantía de libertad y seguridad.

Implica una advertencia al Poder Ejecutivo de que la creación de delitos y penas es monopolio del legislativo, y una orden al Poder Judicial de no apartarse de la ley formal.

3.3.4. Principio de tipicidad.

“Nullum crimen, nulla poena sine lex certa”.

Requiere la formulación taxativa de los delitos y de las penas, es decir la descripción fáctica exhaustiva de la conducta punible y de la pena correspondiente.

Se deben describir los hechos ilícitos señalando minuciosamente de manera clara y precisa los requisitos esenciales de los mismos, evitando la utilización de palabras vagas, imprecisas, indeterminadas, excesivamente genéricas o de contenido valorativo. Ejemplos de la violación de este principio se encuentran en las leyes penales del Tercer Reich que castigaban a quienes actuaran “en contra del sano sentimiento del pueblo alemán”, o en la Unión Soviética a quienes realizaran “propaganda antisocialista”.

No en todos los casos resulta posible cumplir con los requisitos previamente indicados y este principio debe ser entendido con cierta elasticidad. Sin embargo hay que evitar los abusos restringiendo al máximo posible el nivel de inseguridad, y para ello sería aconsejable evitar la formulación de leyes penales en blanco, recurrir a tipos que no describen conductas sino que nombran al delito (ej: la estafa, la injuria, etc), o que realizan valoración que solo pueden ser interpretadas por el juez (ej: grave ultraje al pudor).

3.3.5. Principio de prohibición de la analogía.

“Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta”.

Lo que se prohíbe es el procedimiento analógico como instrumento creador de delitos y de penas en manos del juez.

Esto no implica la aplicación de la analogía en favor del imputado, ni la aplicación de una interpretación extensiva. Si bien en este último caso el límite con la analogía puede ser imperceptible, se trata de diferenciar una y otra cosa buscando en “el sentido literal posible de los términos lingüísticos de la ley”.

3.3.6. Principio del bien jurídico.

“Nullum crimen, nulla poena sine iniuria”.

Este principio, que complementa a los anteriores, tiende a evitar a que se conciba al delito como mera desobediencia. Con ello se pretenda que no sea suficiente la mera voluntad del legislador para constituir como ilícito a cualquier conducta, sino que solo pueda serlo aquella que daña o pone en peligro a un bien protegido por la norma.

El bien jurídico se convierte de esta manera en una instancia legitimante del poder punitivo, y convierte en función de la ley penal la protección de dichos bienes, impidiendo que el legislador pueda castigar conductas que no resulten lesivas.

Esta teoría se remonta al pensamiento iluminista, fue tratada por Feuerbach y perfeccionada por Von Liszt.

4.El panorama reseñado, con paréntesis, altibajos, concesiones e incluso con perfeccionamientos perduró por casi doscientos años. La ley fue considerada durante ese tiempo fuente exclusiva y excluyente de la formulación de la conducta desviada, y si bien la dogmática penal alcanzó un gran desarrollo en el siglo XX a ésta siempre se la tuvo como una “fuente de

interpretación” de la ley, encubriendo, en muchas oportunidades, su real papel de fuente del derecho.

4.1.Sin embargo, en las últimas décadas este cuadro a comenzado a sufrir importantes modificaciones en detrimento de la ley, sincerándose el papel de las fuentes de conocimiento y perdiendo el derecho judicial el rezago a que había sido sometido.

4.2.Así, como en el derecho civil y comercial ya no se sostiene que el juez deba ser la “boca de la ley” –por más que estrictamente ello nunca haya ocurrido- y se afirma que se debe “confiar en los jueces”, pues son éstos quienes han de crear el derecho para aplicar al caso concreto a través de la interpretación de los grandes lineamientos legislativos, otro tanto ocurre en materia penal. Por cierto que no con la intensidad de cambio experimentado en el derecho privado, pero sí muchos más profundamente de lo que los defensores de la estricta legalidad están dispuestos a admitir.

4.3.Para corroborar lo dicho basta observar lo que ocurre –a nivel nacional y mundial- con respecto a los delitos económicos, tributarios y ecológicos. En su formulación legislativa se observa que:

a)No existen descripciones precisas de las conductas que se sancionan. Se recurre a palabras de escasa connotación y, por lo tanto indefinida determinación.

b)Se utilizan principios o pautas muy generales.

c)Se actúa sobre una base que previamente a sido regulada por el derecho privado o el derecho administrativo, y por lo tanto se realizan remisiones a él. La ley penal en blanco que constituía una excepción a pasado a usarse con regularidad.

d)El bien jurídico tiende a desaparecer, ya sea porque cuesta identificarlo en gran parte de los delitos económicos o porque se presenta muy difuso en los ecológicos.

e)Se limitan las descripciones fácticas y se suplen por palabras de alto contenido valorativo.

f)Existen remisiones al derecho privado en el que el uso de la analogía es legítimo, pero el legislador no le indica al juez en lo penal como comportarse en esos supuestos.

g)Los delitos de peligro, en detrimento a los de daño, han aumentado. Especialmente los de peligro abstracto. Ante ello cuesta saber cual es el riesgo relevante y, consecuentemente, no se sabe con certeza cuando ni como se pone en peligro a un bien.

4.4.En todos estos supuestos, en que el legislador no confecciona adecuadamente el límite del tipo, difumina el tenor literal y el contexto valorativo, el texto legal ha perdido su carácter de referente para fundamentar la resolución del caso, y, por lo tanto, ello se traslada a la actividad judicial. Es el juez quien termina integrando los tipos al fallar en el asunto concreto.

La ley ya no formula normas que permitan conjeturar comportamientos futuros y para hacerlo es necesario esperar hasta saber que dicen los jueces. Las sentencias, cada vez más, son leyes en sentido material.

5.Hasta aquí el reflejo de un estado de cosas. Poder determinar las causas de lo ocurrido resulta bastante más difícil. Con alguna probabilidad de

acierto se puede suponer que la ley ha perdido su capacidad instrumental para canalizar las necesidades de esta época como consecuencia de:

1)La expansión de una multiculturalidad que impide alcanzar el consenso básico que la sanción de toda ley exige por tratarse de un pacto entre sectores.

2)La ley resulta un procedimiento muy poco flexible que no se adecua a los vertiginosos cambios del momento. En cambio la sentencia y el decreto se ajustan más.

3)No se sabe exactamente que es lo que se quiere, y por eso cuesta regularlo.

4)Las situaciones son por demás complejas y ello dificulta enormemente las previsiones.

5.1.Otros hipótesis deberán ser motivo de observación y análisis. Pero lo cierto es que en este período de transición se hace indispensable buscar de manera urgente una forma de resguardar las garantías de los ciudadanos que antes se obtenían por medio del principio de legalidad en su sentido amplio.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique

-Derecho Penal. Parte General, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999.

BECCARIA

-De los delitos y de las penas.

BUSTOS RAMIREZ, Juan

Manual de Derecho Penal. Parte General. 3ra. edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

CREUS, Carlos

-Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Ed. Astrea, Bs. As., 1990.

FERRAJOLI, Luigi

-Derecho y Razón. Ed. Trotta, Valladolid, 1989.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter

-Tratado de Derecho Penal. Ed. Hammurabi, Bs. As., 1989.

FONTAN BALESTRA, Carlos

-Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

FRIAS CABALLERO, Jorge

-Teoría del Delito, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1992

JESCHECK, Hans H.

-Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis

-Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada, Bs. As., 1950.

MAURACH, Reinhart-ZIPF, Heinz

-Derecho Penal. Parte General, Tomo 1. Ed. Astrea, Bs. As. 1994.

MEZGER, Edmund

-Derecho Penal. Parte General. Ed. Cárdenas, Tijuana, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco

-Teoría General del delito. Ed. Tirant lo blanch, derecho., Valencia, 1991.

NUÑEZ, Ricardo

-Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1987.

SILVA SANCHEZ, Jesús María

-Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

SOLER, Sebastián

-Derecho Penal Argentino, Tomo I, Ed. Tea, Bs. As., 1970.

-Interpretación de la ley. Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

-Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomos I y II, Ed. Ediar, Bs. As., 1982.