

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

por Gustavo Jiménez García

(del 1er. año de Derecho).

Tradicionalmente el Derecho admite dos clases de Fuentes: Fuentes materiales y Fuentes formales. Fuentes Materiales que explican el por qué del Derecho, y que son llamadas también Fuentes reales. En este aspecto el Derecho es el resultado de movimientos ideológicos y responde a las necesidades prácticas. Y Fuentes formales, que dejando de lado las razones por las que aparece el Derecho, nos informan cómo se ha producido, y a las que **Bonnecase** define como "las formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente bajo el amparo del poder coercitivo del Derecho".

La palabra "fuente" indica en sí, el lugar por donde fluye o emana algo. Cuando el jurista toma esa expresión para llenarla de contenido, le atribuye un doble significado: **fuelle de producción**, voluntad que dicta las normas jurídicas, en Derecho Penal: el Estado; y **fuelle de conocimiento**, es decir, la forma que ese Derecho objetivo asume en la vida social.

Es el Estado, el único que produce Derecho Penal, puesto que este pertenece al campo del Derecho Público, y se hace necesario diferenciarlo del **Derecho disciplinario** que puede emanar de las sociedades, de la Iglesia y de la misma familia.

Hechas estas aclaraciones, analizaré cada una de las fuentes que se han propuesto al Derecho Penal. Veamos en primer lugar qué papel desempeña la costumbre en Derecho Penal. La polémica que crea la influencia de la costumbre en esta rama del Derecho, aumenta considerablemente el interés por su estudio.

Von Hippel se expresa sobre el particular: "El Derecho consuetudinario y el Derecho Legal son las únicas fuentes del Derecho; tienen fundamentalmente, el mismo valor y pueden modificarse mutuamente". Pero agrega: "es posible que el Derecho Legal excluya o limite expresamente durante el tiempo de su privativo imperio, al nacimiento del Derecho Consuetudinario, y esto es lo que ocurre en Derecho Penal, en el que impera la necesidad de la certidumbre jurídica y con ello del Derecho Legal".

Para **Costa**, representante de la Escuela Histórica de España, la costumbre debía ser fuente de Derecho como la ley misma. **Dorado Montero** defenderá su

importancia en Derecho Penal, afirmando que es la más popular de todas las fuentes en que el Derecho se origina.

Hauriou observa que la costumbre nace de dos elementos que se combinan: el uso común y el sentimiento de obligación. **Uso común**, repetición de decisiones emanadas de los tribunales o de las autoridades. **Sentimiento de obligación**, conciencia que se forma en cuanto la regla implicada por la repetición es obligatoria; aunque no se trata de una adhesión implícita, muchas veces esta llega a transformarse en una verdadera regla jurídica lo que en su origen no era sino un hábito de hecho. La concepción francesa es distinta. Sin embargo, y con la Revolución, se declara que la ley reemplaza a la costumbre. Y en la Constitución del año 12, el artº 7º dirá a la letra "ninguna costumbre puede derogar la ley".

Ramos, penalista argentino, en su reciente obra "El Derecho Penal", expresa: "La Ley Penal, no tiene fundamento consuetudinario, sino un carácter potencial, determinante. Ningún legislador podrá reprimir un delito basado en la costumbre; ningún juez, del mismo modo, podrá tampoco dejar de reprimirlo por esa causa. Pero, si bien no existe en la ley penal o en su interpretación, un fundamento consuetudinario, él existe en cambio antes de la sanción de la ley, ya que ésta no es otra cosa por lo común que la traducción de un texto legal en un momento dado, de una necesidad colectiva".

Y. Jiménez de Asúa, delimitando las costumbres: **contra lege, supletoria e integrativa** nos dice: "No cabe considerar a las dos primeras como fuentes productoras de Derecho Penal. La integrativa, en cambio, puede admitirse como fuente. Existía leyes en blanco que se refieren a Derecho Civil, Comercial, Administrativo, etc. y que se hallan integradas por contenidos civiles, comerciales o administrativos igualmente y a menudo regidas por la costumbre. En éste caso confirma, entonces la costumbre integrativa pueda ser considerada fuente del Derecho Penal, si bien de una importancia relativa". Son de esta opinión también. Franz von Liszt y Ernesto Hafter.

El mismo jurista español, critica muchas de las doctrinas que antes expusieron, afirmando que hay evidentes contradicciones entre ellas. Con respecto a Dorado Montero, por ej. expone: "Decir que la costumbre por ser la más popular de todas las fuentes, debe tener eficacia en el Derecho Punitivo, es desconocer esa índole moderna que exige tan complejas esencias únicamente posible de contenerse y manifestarse en la Ley.

En términos generales, las verdaderas razones por las cuales la costumbre no puede ser fuente productora de normas punitivas radican en la naturaleza filosófica y política del "nullum crimen, nulla pena sine lege", que luego contemplaré.

La Jurisprudencia ¿fuente del Derecho Penal?

¿Qué se entiende por Jurisprudencia? La concepción tradicional la define como "la doctrina establecida por el Tribunal en sentencias numerosas y contestes". Resulta peligroso caer en la identificación de Derecho y Jurisprudencia y así es corriente oír hablar de Facultad de Jurisprudencia por ejemplo.

Dorado Montero sostiene que, al igual que la costumbre, la Jurisprudencia es fuente del Derecho y que debe entenderse por tal, toda decisión emanada de jueces o tribunales.

En contraposición a Dorado Montero, afirma **Hippel**: "la Jurisprudencia es de importancia para interpretar las leyes penales y también para el nacimiento del nuevo derecho, pero no es fuente independiente ni productora de Derecho Penal.

Luis Silvela, eminente penalista, anterior a Dorado Montero, sostuvo que "al fijar en cada caso concreto junto al precepto legal, el alcance y sentido de éste, la Jurisprudencia es fuente de Legislación".

La Escuela de Viena sostendrá que la Jurisprudencia no puede alcanzar el valor de fuente productora de Derecho, por lo mismo que dicha Escuela proclama más que ninguna otra la naturaleza normativa de la Ciencia Penal.

Debe pues sentarse el principio del valor de la Jurisprudencia para la interpretación de las leyes penales, mas su situación es fuera del ámbito de las fuentes del Derecho Penal. "Todos los tribunales pueden apartarse al resolver casos concretos, de lo que hasta ahora hizo la práctica, y no existe una sanción contra los jueces que deciden sin tener en cuenta los fallos que precedieron a sus decisiones, aún cuando aquellas emanan del más alto Tribunal de la Nación. Este es el estado de Derecho que ha asumido ante la Jurisprudencia, la Democracia, vigente hoy en la mayoría de los países del orbe".

¿Puede el Juez, crear Derecho?

Kelsen, construye una pirámide en cuya base se hallan los actos judiciales de naturaleza individualizadora. Esa norma individualizadora es, según Kelsen, creadora de Derecho, ya que la voluntad del magistrado decide entre los extremos que la ley le deja libre, creando una situación obligatoria para aquel que condena, si nos referimos a leyes penales.

Criticándolo, podemos afirmar que, la ley obliga en cuanto que es ella norma y no como concretización de un precepto general.

La disposición que establece por ej. que: "Nadie podrá ser juzgado si no existe una sanción por la ley, del delito cometido, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada", obliga por sí misma y no porque sea un producto concretizado del artº II del Título Iº del Código Penal Peruano.

"Obliga la sentencia en cuanto existe un precepto generalizado que lo hace ejecutar": aclaremos: la sentencia no obliga porque en el fallo de los jueces se mande ejecutar, sino porque es una norma generalizada y no individualizada, puesto que es una ley que ordena que las sentencias sean obligatorias.

No puede pues atribuirsele a un juez, por el hecho de aplicar una sentencia, el crear Derecho. El Juez decide dentro de los límites que la ley establece.

La analogía y el Derecho Penal.

La inmensa mayoría de los países rechazan en su legislación penal, la aplicación de pena por analogía, cuando no estuviere contemplado determinado de-

lito. Y es que el principio fundamental del Derecho que únicamente puede ser penado aquello que la ley prevé, ha sido claramente entendido y sentado por los codificadores penales de los diversos Estados. Y son sólo dos naciones: Alemania y Rusia las que en sus Códigos Penales no rechazan la analogía sino antes bien la prescriben, como luego observaremos.

La analogía consiste en "la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico tomados en conjunto". Mediante el proceso analógico se trata de determinar una voluntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiese podido tener en cuenta la situación que el magistrado debe juzgar.

La analogía lleva siempre a una extensión de la ley, pero es necesario distinguirla de la interpretación analógica, ya que en esto aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, mientras que en la aplicación analógica no ha sido contemplada aquella hipótesis por la ley.

Dije antes que sólo la Rusia Soviética y Alemania admiten la analogía en Derecho Penal.

En efecto, el profesor ruso **Pasche-Osersky** explica que el Derecho Penal ruso admite la analogía porque atraviesa por una etapa de transición de la vieja idea individualista al comunismo integral.

Anosof refiriéndose a la misma cuestión dice: Entre dos párrafos de la ley penal queda siempre un espacio libre. Se pueden dar elementos de los dos párrafos y no ser por lo tanto un delito claramente definido pues no reúne todos los caracteres de uno u otro delito establecidos en ambos párrafos. Cabe entonces la aplicación de la analogía.

En el nuevo Código Penal Ruso, su artº 16 acepta la analogía, pero ya limitando el poder del juez puesto que hay reglas para dicha aplicación analógica y en última instancia ésta se sujeta al árbitro del Sindicato de la Corte de Casación.

El juez ruso, en la incriminación analógica, debe indicar el artº del Código Penal a que se refiere; por eso no puede dar curso libre a su fantasía creando delitos y está obligado a juzgar sin perder de vista el Código.

Sin embargo, la analogía es raramente aplicada en Rusia y sólo hácese uso de ella, cuando la Corte de Casación puede establecer de manera evidente que el hecho es peligroso para el orden público y debe ser penado aunque no exista una sanción precisa contra él.

El Congreso de Berlín por ley de 28 de Junio de 1935 proclamó que la máxima "no hay delito sin ley" había sido reemplazada por esta otra: "no hay delito sin pena". Y el artº 2º de la citada ley dice a la letra: "Será castigado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento fundamental de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al delito, éste será penado conforme a la ley cuyo pensamiento fundamental sea más exactamente aplicable".

Al igual que Rusia, en Alemania no se ha hecho mayor aplicación de la analogía, pero en ambos países es admitido en la legislación penal.

Bobbio expresa que la analogía aplicada del Soviet y del III Reich no interesan porque en calidad no son analogía. Se trata de arbitrio de Juez, de libre creación del Derecho, de falsa analogía, y, en todo caso, de abuso de ella.

"El abuso que el pasado se hizo de la analogía, motivó las críticas del siglo XVIII y su radical destierro del Derecho Penal liberal".

Binding y **Manzini** simpatizaron con la analogía. **Massari**, defiende también el concepto de aplicación de la analogía. Y serán defensores de ella. **Exner**, en Austria; además de los ya citados de Alemania, **Rumpf** y **Benedix** y en Holanda, **Van Kauteren**.

Carrara, defendió la analogía por motivos científicos.

Los **positivistas** se han manifestado claramente en contra. En Francia, la libertad política fué siempre incompatible con la Analogía.

"El procedimiento analógico debe ser rechazado en Derecho Penal, expone Du Pasquier, puesto que todo individuo, aún el malhechor, posee un derecho a no ser juzgado, según el arbitrio, la ira o la venganza, sino según leyes fijas dadas a conocer previamente".

La doctrina ¿fuente de Derecho Penal?

La doctrina científica no es fuente productora de Derecho alguno, si bien puede desempeñar un papel importante en la formación de un nuevo Derecho, pues un legislador al elaborar un nuevo Código Penal por ejemplo, tiene bien en cuenta lo que la doctrina de los autores ha dicho sobre los defectos del que se abroga y las necesidades penales del futuro. He ahí su importancia, pero no cabe considerar de modo alguno, fuente productora de Derecho, las opiniones de los científicos.

La ley penal como fuente única del Derecho Penal.

Rechazadas pues todas las otras fuentes propuestas como productoras de Derecho penal, llegamos a la ley penal como la única fuente positiva.

Esta ley, tomada en su aspecto formal, preséntase como un ejemplo claro y evidente de la "voluntad colectiva" y expresada esta voluntad colectiva en los órganos de carácter constitucional en la que se definen los delitos y establecen las sanciones.

Conviene determinar, para mayor claridad y precisión, que no ha de exigirse una especialidad absoluta y que también pueden considerarse leyes que producen Derecho Penal, las denominadas: leyes especiales, civiles, políticas y administrativas.

La ley viene así a ser considerada, desde un punto de vista objetivo, como expresión de Derecho Penal.

Y es así como la ley penal es a la vez la garantía de los que no delinquen y fuente de la cual dimanán pretensiones para el Estado y para los delinquentes.

La ley es a la vez, fuente y medida del Derecho de penas y consecuentemente el Estado no puede pues castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes ni imponer pena distinta a la que sanciona el delito.

La ley penal crea una pretensión subjetiva para el delincuente, dice Jiménez de Asúa, el que no podía ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establece.

De ahí que **Franz von Lizst** exprese que el código penal es la Carta Magna del delincuente.

En realidad, la ley penal es una garantía para todos, garantía de libertad; en ella se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles. Salva guarda la misma justicia punitiva, pues de otra forma es decir en consecuencia de la ley, retornaríamos a la aplicación de penas arbitrariamente, etc.

Esta ley penal reúne los siguientes caracteres: Es exclusiva, es liberal, es obligatoria, es igualitaria, es ineludible, es constitucional.

Sin embargo la ley penal misma, reviste formas y aspectos varios. Así tenemos que:

1º **por su especialización**, puede ser de dos tipos que son: **leyes penales codificadas y leyes especiales**, de índole civil, política, administrativa.

2º **por la manera de determinar las penas**, puede clasificarse en: determinadas, indeterminadas y relativamente indeterminadas.

Y en cuanto a las especies de la ley penal, citaré las siguientes:

- Ley penal sensu stricto
- Convenios internacionales
- Plenos poderes
- Leyes delegadas
- Decretos-leyes.
- Decretos órdenes, reglamentos, etc.

Para comprender mejor el monopolio que la ley ejerce en cuanto a la producción de Derecho Penal es necesario remontarnos a la máxima: "**Nullum crimen, nulla pena sine lege**", completada por los aforismos: "**Nemo iudex sine lege**" y "**Nemo damuetur nisi per legale indicum**".

El principio del "**Nullum crimen, nulla pena sine lege**" posee un fundamento filosófico, fundamento filosófico aceptado desde que Carlos Cossio explica la no identidad de delito y sanción debiendo por tanto delimitarse la pena, cuanto más sea posible.

Además posee una gran significación científica. En efecto, fué **Anselmo von Fuerbach** el que afirmó prácticamente por primera vez el principio, con al-

cance meramente científico. Para Fuerbach, la coacción psíquica está íntimamente ligada al principio ya enunciado. Pero, para que la pena produzca su función de coaccionar psíquicamente, han de hallarse definidos el delito y la pena en la ley, ya que para producir una amenaza efecto intimidante, el amenazado tiene que saber por qué se le conmina y con qué se le coacciona. Destacada la trascendencia de estos principios en Filosofía y en el ámbito científico, cabe señalar también que su origen y su sentido son predominantemente políticos.

En la tesis de **Garófalo** y **Fioretti**, en que el individuo no significa más que una molécula de la sociedad y no puede hacer valer su derecho, cuando su conservación pondra en peligro la del organismo social, y que, por ser más una fiera que un ser humano, no tendrían para qué discutirse sus derechos, la garantía penal no sería precisa. Felizmente estas ideas son anticuadas y como tales han pasado de moda.

En la antítesis extrema de **Dorado Montero**, en la que el juez, auténtico médico social, llegaría a ejercer libremente su profesión como los médicos de cuerpo, tampoco sería necesaria la garantía penal establecida por el "Nullum crimen, nulla pena sine lege", ya que no impondría penas, sino verdaderas medidas protectoras de los delincuentes y de la sociedad.

Dejando establecido que sólo la ley es fuente del Derecho penal, pero dejando también sentada la importancia de las fuentes en toda disciplina y particularmente en el Derecho, concluyo con Du Pasquier citando esta acertada opinión suya:

"El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues así como remontar la fuente de un río es buscar el lugar en que sus aguas brotan de la tierra; igualmente, inquirir la fuente de una regla jurídica, es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho".
