

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es impensable en la actualidad referirse a la noción de delito prescindiendo del denominado principio de legalidad. *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, formulación que se remontaría a Beccaría y que luego fuera precisada por Feuerbach. Sorprende sin embargo la omisión constante de Francisco Suarez quien ya sostenía, continuando la tradición del pensamiento tomista, que la culpa es el fundamento de la pena, por lo que no cabe pena sin culpa.¹

Claro que cabría preguntar a Suarez cómo se determina la culpa. El derecho penal moderno y contemporáneo no dudará en indicar la inmediata remisión a la ley. Aún más, para precisar el mentado principio de legalidad, se dirá que se trata de una ley *praevia, scripta, stricta, certa*. Estas notas de la ley penal determinan respectivamente cuatro prohibiciones: de irretroactividad de la ley², de aplicación de otro derecho que no sea el escrito, de aplicación a situaciones análogas y de indeterminación del texto legal.

Esta pretensión de previsibilidad y seguridad jurídica parece por demás razonable y justa, o sea contraria a toda pretensión arbitraria de determinación de delitos y de su consecuencia, la punición. Restringir el delito a aquello que solo está indicado en la ley, parece razonable con miras a evitar que cualquier hecho o conducta pueda, de golpe, convertirse en una acción punible. Sin embargo, esta rígida e inmediata apelación a la ley escrita, contrasta en parte con la realidad. Si tomamos hoy cualquier código penal del mundo encontraremos tipificadas como delitos, más o menos las mismas conductas. Ninguna comunidad de hombres, bajo pena evidente de disolución, está dispuesta a tolerar homicidio, lesiones, agresiones sexuales, privación de la libertad, robo, daños, mentiras.

Veremos en cualquier texto legal que todos los delitos allí consignados son alguna forma de las inconductas señaladas. ¿Sería posible hablar de géneros de delitos? Por ejemplo, en el Código Penal Argentino, las diversas formas de estafa, el peculado y las figuras del Título XIII referidas al orden económico y financiero, son modos de apropiación sin título de lo ajeno. Por supuesto que estamos pasando por alto aquí la correspondiente descripción típica de cada uno de los delitos y los bienes jurídicos por ellos afectados. Hurto, robo y estafa por ejemplo, aparecen en nuestro código dentro del título de delitos contra la propiedad, el peculado es un delito contra la administración pública, mientras que en las mencionadas figuras del título XIII el bien jurídico protegido es ante todo el orden económico y financiero. Lo mismo ocurre con otros tantos títulos y capítulos de los códigos, si bien no es lo mismo un falso testimonio (delito contra la administración pública) que una falsificación de documentos (delito contra la fe pública), no dejan de ser actos que importan mentira o falsedad. No impugnamos la buena técnica de especificar estas diversas modalidades delictivas, solo queremos señalar que parecen responder a inconductas generales de fácil advertencia.

¹ Suarez, Francisco, *De Legibus ac Deo Legislatore*, Libro V, Cap. IV, 1.

² Queda al margen de este análisis el problema de los llamados delitos de lesa humanidad y su pretendida imprescriptibilidad y consecuente retroactividad de la ley penal.

So riesgo de apurar el argumento estamos insinuando que un código penal se parece mucho a un código moral. Y la insinuación viene a cuento del principio de legalidad, ya que la alusión a una ley previa o la prohibición de acudir a otra regla que no sea la escrita, parece resentirse ante la constatación de que todo código penal gira siempre en torno a eso que, aunque con mucha provisoriedad hemos llamado delitos genéricos.

O sea, podríamos estar frente a algo parecido a lo que los romanos denominaron *ius gentium*.³ De este modo la pretendida autosuficiencia de la ley *scripta* no parece tal, en tanto habría conductas que “escritas” o no escritas, incorporadas o no a un código serían de todos modos tenidas por insoportables para la vida social, y merecedoras de pena, por toda comunidad de hombres.

Si acudimos a la doctrina de la ley de Santo Tomás de Aquino, encontraremos similar limitación respecto de la ley positiva. Entre las divisiones de la ley que propone el santo, está la referida a la ley humano positiva y la ley natural, dónde la última es fundamento de la primera. Dice Santo Tomás que la ley humana (que es necesaria porque la ley natural no es suficiente para regir la vida de los hombres en sociedad) deriva de la ley natural de dos modos: uno, a modo de conclusión, el otro, por determinación humana.⁴ Pero esta determinación solo es procedente en aquellos aspectos que no están preestablecidos en la naturaleza, y por ello pueden ser de uno u otro modo según convenga.

Según la doctrina del aquinate, entonces, el principio de legalidad nunca podría consistir en una remisión a la mera ley escrita, en tanto ésta no fuera conforme a la ley natural.

La determinación de los delitos entonces parece provenir de las primeras conclusiones que surgen de la ley natural. ¿Esto significa que el legislador no puede crear delitos, sino que solo los encuentra conforme al orden natural?

Según la respuesta tomista de los dos modos de derivación de la ley positiva podría pensarse que el legislador humano estaría facultado a determinar como delito algunas conductas que no estuvieran previstas como tal según el orden de la naturaleza. ¿Pero hay algún límite o criterio para esa limitación? Veamos.

El castigo penal es de los más gravosos dentro del orden social, y con toda seguridad, el más gravoso previsto por el orden jurídico. Ya insinuamos que tal penalidad

³ "Aquel que usan todos los pueblos humanos, el cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí" (Dig: L1.1.1.4). "Todo pueblo regido por leyes y costumbres se vale en parte de un derecho que le es propio y en parte de un derecho que le es común con el conjunto del género humano. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado él mismo, le es propio y se llama derecho civil, es decir, derecho propio de la ciudad, mientras que el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres es observado de manera semejante en todos los pueblos, y se llama derecho de gentes, es decir derecho que usa todo el género humano. Así como el pueblo romano es regido, en parte, por un derecho que le es propio, en parte por un derecho común a todos los hombres..." (Inst. I:1)

⁴ "Y la primera regla de la razón es la ley de la naturaleza, como resulta de lo ya dicho (c.94, a.2). Por lo cual, toda ley instituida por hombres en tanto tiene de verdadera ley, en cuanto se deriva de la ley natural. Pero si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley. Debe empero saberse que algo puede derivarse de la ley natural, de dos maneras: de una, como las conclusiones de los principios; de otra, como ciertas determinaciones de algunas generales... Derívanse pues ciertas cosas de los principios comunes de la ley natural por modo de conclusiones; como el no matar puede derivar a modo de consecuencia de que a nadie debe hacerse mal. Y otras por modo de determinación, como la ley natural dispone que el que peca sea castigado, pero el que lo sea con tal o cual pena es cierta determinación de la ley natural."

procede frente a conductas intolerables, por destructivas de la vida social. Esto parece ser un criterio posible, aquello que de modo inmediato lesiona la vida social no admite una sanción jurídica leve, como la propia de un incumplimiento contractual o de una falta de tránsito, sino que exige una pena tal, idónea para reprimir, anular, y si fuera posible deshacer el daño causado a otro y a la comunidad.⁵

Es posible, dada la contingencia de la conducta humana, que aparezcan en la vida social algunas conductas que de suyo no contraríen el orden natural, pero que dadas las circunstancias, en un momento histórico determinado supongan una lesión grave e inmediata al bien común. Bajo esta condición, de lesión grave e inmediata podría pensarse en la criminalización de ese tipo de acciones.

¿Tiene esto algo que ver con el problema del denominado bien jurídico? ¿El derecho penal versa sobre un bien jurídico protegido, o sobre un bien jurídico lesionado?

Ahora, si la determinación de los delitos surge de las primeras conclusiones de la ley natural, ¿esto da por tierra con la exigencia de *lex scripta*? Qué pasaría si nos encontramos frente a una conducta que no es conforme al orden natural y que lesiona de modo grave e inmediato la vida social, pero no está prevista por la ley penal? ¿Puedo afirmar que no es delito porque no está en la ley escrita? ¿Dependerá acaso de las circunstancias o del mentado daño grave e inmediato al bien común?

Por ejemplo, el adulterio es lesivo del orden natural del matrimonio, pero hoy el código penal argentino ha derogado ese delito. Probablemente se deba a que ya no hay matrimonio o al menos que negada su condición de indisoluble, el adulterio ya no parece lesivo de algo que ya no es considerado relevante.

Veamos otro ejemplo: En el año 1883 un grupo que se hacía llamar “Los Caballeros de la Noche” sustrajo del cementerio de la Recoleta el cadáver de la señora Inés Dorrego. Luego enviaron una carta a la familia exigiendo una fuerte suma de dinero ya que de lo contrario quemarían el cadáver. Apresados al momento de intentar cobrar la suma de dinero que habían exigido fueron llevados a juicio.

Se los acusó de hurto, coacción y amenazas. El hurto fue excluido ya que suponía la apropiación de una cosa mueble total o parcialmente ajena y un cadáver no reúne esas condiciones. Tampoco parecían pertinentes las figuras de coacción y amenazas porque conforme la redacción de esa época éstos tipos penales no eran aplicables a las coacciones puramente morales.

Si bien la conducta no encuadraba en ninguno de los tipos vigentes, los jueces estaban convencidos que tenían frente a sí una figura delictiva que merecía ser castigada, aunque carecieran del tipo correspondientes. Años más tarde, en 1886 se incorporó al Código Penal el delito de sustracción de cadáver, ubicándolo en el capítulo referido a hurtos y robos. En el Proyecto de 1891 se incorporó la misma figura pero se la ubicó dentro del capítulo de la extorsión donde figura en la actualidad bajo el artículo 171 del Código Penal.⁶

⁵ Los partidarios del derecho penal liberal no admiten la tesis consignada en el texto. Para estos autores la única finalidad del derecho penal es la protección de las garantías del individuo, limitando el poder punitivo del Estado. Pero inclusive estas posiciones se ven en la necesidad de reconocer que hay conductas que hacen inviable la vida social, y que en tanto tales no pueden ser admitidas.

En el ejemplo se hace patente la tensión entre la advertencia de algo que parece una conducta delictiva y la ausencia de un tipo penal escrito.

Igual problema se presenta frente al requisito de la ley previa. Al menos la ley escrita será un primer grado de verificación, pero la ley previa en sentido estricto será la ley natural antes que la positiva, aunque con la correspondiente diferencia de generalidad y particularidad que hay entre una y otra.

La analogía también exige alguna observación. Si la analogía es cierta especie de semejanza, ante dos acciones semejantes que tengan en común cierta razón de delito, no parece posible descartar sin más la analogía.

También quedan sujetos a revisión los elementos que hoy son tenidos como constitutivos del delito. La tipicidad, por ejemplo, parece corresponder a una instancia ulterior a la previa identificación del delito en el orden natural. La tipicidad operará como instancia de concreción y determinación de aquello que hemos llamado delito genérico.

El propósito de esta investigación será analizar en el derecho penal, el tránsito de la ley natural a la ley positiva. Ese movimiento de la razón necesitará de instrumentos metodológicos precisos que den certeza al curso del pensamiento, por lo que será necesario el auxilio de la dialéctica y de los tópicos retóricos y jurídicos, como instancia de verificación del tránsito de lo general a lo particular.

⁶ Artículo 171 CP: “Sufrirá prisión de dos (2) a seis (6) años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución”