

DR. HERNÁN FERNANDO POSTMA
Juez de Primera Instancia de Distrito
en lo Penal de Instrucción de la 11a.
Nominación, Rosario

Analogía y Derecho Penal

I. Introducción

El Derecho Penal objetivo se manifiesta en toda su amplitud a través de las normas jurídicas determinantes de un orden jurídico preestablecido, cuya significación es la de obtener una ubicación general cada vez más próxima a la idea de la justicia: el deber ser del derecho.

La conformación total de ese orden jurídico penal muestra dos aspectos dignos de consideración: por un lado, se lo debe conocer en cuanto a su *constitución* y por el otro, en cuanto a su *realización*, lo que en cierta manera coincide con la estática y la dinámica del orden, pero no con lo sustantivo y lo procesal (material y formal).

Resulta de interés analizar un aspecto que se vincula con la interpretación e integración de la ley: la analogía, que si bien atañe a la aplicación de la ley como extensión de la voluntad de la norma para captar lo que en realidad ella no comprende, también se vincula con los aspectos ya señalados y tiene relativo interés frente a la ley procesal penal.

Para ello hay que tratar de ubicarla en nuestro Código Procesal Penal de Transición -apareciendo claramente en el

art. 591- y también en el art. 15 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe -Ley 12.734-, ya que a la analogía en el Derecho Procesal Penal se la utiliza eficazmente aun con respecto a normas de otras ramas jurídicas, salvo cuando esté en peligro la libertad u otra garantía individual.

Este suplemento analógico se toleraría en el Derecho Penal sustantivo si se la aplicara *in bonam partem*, siempre y cuando no significara apartamiento del derecho vigente ni lesionara el principio constitucional de legalidad y reserva.

Es por ello que en este trabajo se analizarán estos puntos de partida, señalados conjuntamente con la relación existente entre los principios generales del derecho y el derecho penal, por resultar todos de interés para su aplicación en la práctica jurídica cotidiana, no sólo por parte de los magistrados sino también por los profesionales actuantes.

II. Analogía procesal

El modelo esbozado de un sistema jurídico racional muestra que las fronteras del discurso jurídico no son algo externo

o ajeno a la racionalidad práctica. Desde el punto de vista de la racionalidad discursiva, dichas fronteras no sólo son admisibles, sino que son una exigencia de la misma. Que el derecho sea en realidad un medio necesario para la realización de la razón práctica es una cuestión de alcance general. Ello significa que el discurso jurídico no expresa sólo una variante especial del discurso práctico, necesaria para llenar racionalmente las lagunas del sistema jurídico, es más bien -en su estructura global- un elemento necesario de la racionalidad discursiva realizada. La racionalidad discursiva no puede ciertamente determinar ya el contenido de una decisión, pero conforma la razón para su incorrección y la medida para su crítica, y dicha razón consiste en la incrustación de la argumentación jurídica en el contexto de una racionalidad discursiva que comprende la totalidad del sistema jurídico.

El artículo 591 relacionado con la arbitrariedad de trámite y contenido en el Título V -Disposiciones Complementarias- del Libro V del Código Procesal Penal de Transición de la Provincia de Santa Fe -Ley 12.912-, resulta de suma importancia para resolver situaciones fácticas o supuestos en los cuales existen lagunas

normológicas, toda vez que permite la aplicación de la analogía en el Derecho Procesal Penal.

Según esta norma, contenida en el C.P.P., «...*En caso de silencio u oscuridad de este Código se arbitrará la tramitación que deba observarse, aplicándose las disposiciones análogas que concedan más amplitud a la defensa...*».

Como se puede observar claramente en la redacción del artículo en cuestión, en los casos de silencio u oscuridad del código, se permite la aplicación de disposiciones análogas en la arbitración de trámite que deba observarse. Esta analogía, prevista por el código, puede ser legal -ratio legis- que deriva de la justicia, la equidad y la utilidad social, o bien técnica -ratio iuris- propia de elementos estructuralmente jurídicos, pero cuando refiere a alguna cuestión donde se halla implicada la defensa procederá en cuanto sirva para dar mayor amplitud al ejercicio de la misma, o al menos para cuando no conspira contra dicha amplitud.

Por su parte, la Ley 12.734 contempla la arbitración de trámite en el Título I -Normas fundamentales- del Libro I -Disposiciones Generales- a través de su art. 15 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe.

Según esta nueva norma, correctamente incorporada entre las Normas fun-

damentales del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, «...*En caso de silencio u oscuridad de este Código o de su reglamentación, se arbitrará la tramitación que deba observarse respetando las normas fundamentales o aplicando supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe en cuanto fuera pertinente...*».

Esta nueva norma contiene dos opciones: 1. la posibilidad de adoptar un determinado trámite, para el caso de que el mismo no esté expresamente contemplado o resulte ambiguo, respetándose las garantías del debido proceso de raigambre constitucional y la esencia del proceso acusatorio, oral y público; 2. acudir lisa y llanamente a la regulación contenida en el código de forma civil y comercial en cuanto la misma resulte compatible con el trámite penal y con las mismas condiciones ya señaladas en el punto 1.

El presente trámite, incorporado en la nueva ley, al igual que su norma antecedente contenida en el art. 591 del C.P.P., no puede afectar el derecho de defensa so riesgo de violentar el debido proceso legal con la consiguiente consecuencia nulificante que ello podría traer, ya que, si bien el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional e instrumentos internacionales impide la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, no resulta propio del campo procesal, donde sí se admite la

posibilidad de llenar lagunas normativas a través de procedimientos analógicos o directamente valiéndose de disposiciones contenidas en otros ordenamientos.¹

La analogía se funda, no sobre la identidad de los hechos jurídicos, sino sobre la identidad del motivo de la norma; esto es, descubre que dos casos suscitan igual razonamiento jurídico, y entonces aplica a uno de ellos -no previsto- la ley dictada para otro, pues la comparación entre los dos muestra que debe haber un mismo punto de vista de regulación.²

Corresponde distinguir la analogía de las llamadas remisiones legales. En estas últimas, los códigos o leyes procesales penales hacen remisiones a otras normas del mismo código o de otros cuerpos legales, por ejemplo, cuando en materia de ofrecimiento, admisión y recepción de pruebas, internamente el Código Procesal Penal se remite expresamente al Código Procesal Civil -art. 395-, o como ocurre en casos de prioridad de juzgamiento por conexión de causas en que la ley provincial externamente se remite a la nacional -arts. 21 y 22-.

También debe evitar confundirse la analogía con la interpretación extensiva. La solución analógica contempla un caso no previsto ni siquiera implícitamente en la ley, que se resuelve según el sentido probable en que el legislador lo hubiera hecho³.

Como se ha dicho, la analogía autorizada por el código puede ser *ratio legis*, es decir, que el juez debe atender al fin de la norma -tanto genérico como específico-, a la ubicación de dicha norma dentro del conjunto del sistema y a su relación con otras normas particulares que componen el mismo sistema, a las circunstancias en que se originó la norma -«ocasión legis»- y a su evolución a través del tiempo.

No faltan fallos de tribunales argentinos que, afirmando la prioridad del método gramatical respecto del método lógico, entienden que si las palabras de la ley son claras y precisas, a ellas hay que atenerse sin más, estrictamente, aunque tampoco existan fallos que sostengan lo contrario, aseverando que el significado literal del texto no debe prevalecer sobre una interpretación finalista de la norma⁴.

La jurisprudencia ha intentado definir a la analogía. En este sentido, la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás sostuvo que «...La analogía es un método de interpretación y aplicación de la ley legalmente inobjetable y que, con las debidas precauciones (desde luego, la condición primera para que pueda emplearse es que las situaciones que se comparan sean idénticas y/o de pronunciada similitud) puede conducir a resultados fructuosos...»⁵. Por su parte, también se ha dicho que «...la analogía consiste en la definición de una controversia no decidi-

da por la ley, argumentando con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada con otra que sí lo ha sido...»⁶.

Por otra parte, el art. 591 del Código Procesal Penal de Transición al permitir la aplicación de disposiciones análogas que concedan mayor amplitud a la defensa y el art. 15 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe -Ley 12.734-, no hacen otra cosa que corroborar la importante plataforma axiológica que provee el marco de la Constitución Nacional⁷.

En la perspectiva de los principios constitucionales, la Suprema Corte Norteamericana ha dicho que «...es muy difícil, sino imposible, dar una definición del debido proceso que comprenda todos los casos que puedan presentarse a la consideración de los tribunales, pero los jueces deben aplicar la garantía mediante el procedimiento de inclusión y exclusión, según la naturaleza de los casos...» (in re «Holden vs. Hardy»). La indeterminación por parte de la jurisprudencia norteamericana de la garantía del debido proceso ha sido obra deliberada de los jueces, que no han querido comprometer su juicio para el futuro con definiciones exactas, a fin de poder ir aplicando la garantía según las circunstancias lo vayan exigiendo. De esta forma, los tribunales hicieron de esta cláusula constitucional una institución flexible, que -en la prácti-

ca- ha demostrado ser un poderoso instrumento de protección de los derechos individuales⁸.

La importancia de lo establecido por el art. 591 del C.P.P.T. no puede dejarse de lado a la hora de buscar soluciones prácticas a través de las disposiciones análogas. En esta inteligencia, se pueden plantear supuestos en los cuales no existen soluciones taxativas impuestas por el código de rito.

Así, pueden presentarse casos en los que pese a encontrarse agotada la investigación efectuada en la etapa instructoria, el magistrado no encuentra mérito ni ha llegado al estado intelectual de sospecha suficiente para recepcionar declaración indagatoria a las personas mencionadas o sindicadas en las actuaciones, circunstancia esta que impediría *en principio* resolver definitivamente sus situaciones procesales, pese a encontrarse concluida la etapa investigativa, pero paradójicamente continuando aun las actuaciones en trámite.

Ante esas situaciones fácticas concretas, se debe recurrir a la interpretación analógica *in bonam partem* en relación a este supuesto de laguna normológica, recurriéndose en definitiva al uso de la analogía sobre la identidad del motivo de la norma, pudiéndose entonces recurrir a otras normas del mismo código que permiten disponer el archivo de las ac-

tuaciones -arts. 200 y 200 II del C.P.P.T., por no existir elementos probatorios que permitan alcanzar el estado intelectual de sospecha suficiente para indagar -art. 316 interpretado «a contrario sensu» del C.P.P.T. y resultando que ambas normas juegan en concordancia con el art. 591 del mismo código de rito, ya que esta disposición legal concede mayor amplitud a la defensa.

Como lo sostuvo la Sala Primera de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario, el pronunciamiento dictado se encontraría firme «*rec sic stantibus*», culminando la actuación del magistrado dentro de los alcances de dicho decisorio⁹.

Que en tal supuesto, no se violentaría el derecho constitucional de defensa en juicio ni tampoco implicaría paralización del proceso, sino la no-apertura del mismo a través de una decisión que resta entidad a lo actuado para operar tal estadio¹⁰.

Indudablemente aun extendiendo la interpretación del art. 591 del C.P.P.T., *si tal norma concede mayor amplitud al ejercicio de la defensa*, cabría plantearse si en situaciones como las descriptas, en lugar de disponerse el *archivo* de las actuaciones sería viable dictar el *sobreseimiento definitivo* de los sindicados, resolviendo de esta manera sus situaciones procesales con los alcances de la cosa juzgada y del principio del non bis

in idem. Sin duda alguna que esta última solución resultaría más beneficiosa y concedería mayor amplitud al ejercicio de la defensa que el dictado de una resolución de archivo, pudiendo fundarse también en que ninguna norma del código de rito pone como exigencia procesal que para el dictado del sobreseimiento se requiera la declaración indagatoria *previa* de los sindicados, a diferencia de lo que sucede con la resolución de procesamiento, que exige como presupuesto procesal la declaración indagatoria anterior de los imputados.

El razonamiento judicial se dirige a establecer y justificar la solución autorizada de una controversia, en la cual una serie de argumentaciones producidas en diversos sentidos y manejadas conforme a unos procedimientos impuestos, tratan de hacer valer, en situaciones variadas, un valor o un compromiso entre valores, que pueden ser aceptados en un medio y en un momento dados.

El hecho que el juez deba someterse a la ley subraya la primacía otorgada al poder legislativo en la elaboración de las reglas de derecho, mas de ello no resulta en modo alguno un monopolio legislativo en la formación del derecho. El juez posee, a este respecto, un poder complementario indispensable, que le permite adaptar los textos a los casos concretos. Si no se le reconociera este poder, no podría, sin recurrir a ficciones, cumplir su misión,

que consiste en el arreglo de los conflictos. La naturaleza de las cosas obliga a concederle un poder creador y normativo en el campo del derecho¹¹.

La argumentación jurídica cumple sólo la función de suministrar medios para el control racional del discurso jurídico. Esta limitación del discurso jurídico es muy relevante con respecto a la teoría de los principios, ya que en la aplicación de los mismos al caso concreto es necesario efectuar una ponderación, de tal manera que no es posible garantizar una única respuesta correcta, pero sí es posible, a través de un proceso de ponderación de principios adecuados, arribar a una decisión racionalmente fundamentada. La idea regulativa de la única respuesta correcta que presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta, sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta¹².

Prescindiendo de generalizaciones estériles apriorísticas cuyo único motivo de justificación es la relación terminológica, el intérprete debe atender concretamente a la situación concreta e individual protegida por la norma penal, para identificar sus elementos esenciales. No hay que dejarse desviar por presuntas exigencias del «sistema», como si este no pudiera constituirse desde fuera de las normas e independientemente de ellas, y que si no quiere fallar en sus fines, debe derivar de las normas mismas,

tal como son, aun a costa de reconocer diferencias eventuales entre las varias ramas del derecho.

Toda interpretación va más allá de la ley, de la letra de la ley, para comprender los fines que el legislador quiso alcanzar con ella. Como toda ley es un medio para la consecución de determinados fines sociales, puede estar comprendida en su realidad sólo con la consideración de éstos. Por tanto, no es un juego de fórmulas lógicas, pues no se reduce a tanto la actividad legislativa, porque la interpretación es el desarrollo de un acto legislativo en nuestro espíritu, siendo, por tanto, en este momento, actividad legislativa en sí misma. El mismo aliento cálido de vida anima la legislación y la interpretación, oponiéndolas a la fría operación sobre formas lógicas¹³.

El positivismo optó por la utilización de un método que no le permitía ver el riquísimo mundo de los principios, que deben actuar como marco referencial operativo, ya que como la justicia es parte del sistema jurídico no se trata de renunciar a un pensamiento sistemático, sino de unir pensamiento problemático y pensamiento sistemático en un «sistema abierto».

La lógica jurídica, especialmente la judicial, se presenta no como una lógica formal, sino *como una argumentación*, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y

de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad¹⁴.

Hay casos en verdad excepcionales, en que el juez sólo puede mantener la decisión que le parece que se impone, recurriendo a una ficción en la calificación de los hechos o en la motivación del juicio. El llamado *recurso a la ficción* crea siempre un malestar. Revela que la realidad jurídica y las normas de derecho en vigor demuestran una inadaptación a las exigencias sociales, debiendo intentarse proceder a su modificación por la vía legislativa si ello resultara posible o, en su defecto, integrar la aplicación de la analogía.

III. Analogía en Derecho Penal

Para Antolisei, la analogía consiste en atribuir al caso no regido por las leyes la regulación de un caso similar que está previsto por ellas¹⁵. En materia penal fue utilizada en el Derecho Romano -particularmente en lo que concernía a los crímenes de *conditio extraordinaria*-, en la Carolina, en las legislaciones totalitarias y fue prevista en el art. I del Código Penal de Dinamarca. Como nos enseñara oportunamente Soler consiste en el acto de servirse de una incriminación para castigar un hecho que cae en la zona de libertad¹⁶.

Existen dos clases de analogías: la ana-

logía legis que consiste en querer aplicar otro tipo penal semejante o remisión a ley semejante, y la analogía juris o jurídica por la cual se recurre al ordenamiento jurídico total, a su espíritu y a los principios generales del derecho.

Como lo he sostenido precedentemente, en el ámbito penal se admite la analogía *in bonam partem*, siendo excluída si es *in malam partem*. La prohibición de la analogía es, por el contrario, un corolario del principio de estricta legalidad. En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes -gracias a su conformidad con el principio de estricta legalidad- que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley -en contraposición con el principio de estricta legalidad- de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite lo que se ha llamado «analogía anticipada». También en relación con la prohibición de analogía hay que distinguir entre las leyes penales dependiendo de que sean favorables o desfavorables al reo. La analogía está en efecto excluída si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir, no la restricción sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad¹⁷.

Si la interpretación consiste en aclarar la significación de las normas para hacerlas aplicables al caso particular, si se orienta a las normas teleológicamente, es evidente que esta operación no pueda realizarse con exactitud si el *fin no se toma en cuenta*. Los dos problemas de la esencia y de la interpretación de los conceptos dependen uno del otro: resuelto el primero en un determinado sentido, la solución del otro sería «prejuzgada». El jurista faltaría a su misión si prescindiera de este dato: «...Para construir debe interpretar ante todo; la jurisprudencia inferior es el escalón necesario a la superior...»¹⁸ y *para interpretar debe polarizar los varios elementos de la norma hacia el valor protegido por ésta*. Ya la moderna doctrina, para promover la eficacia del derecho penal -lato sensu-, adopta el método criminológico de la interpretación, orientando la jurisprudencia a seguir las líneas de política criminal derivadas del sistema penal íntegramente considerado, apoyado en los datos e informaciones de la criminología¹⁹.

En este orden de ideas y ante un caso por el cual se había condenado en primera instancia a una persona por lesiones leves -no obstante haber contraído matrimonio al poco tiempo del suceso con la propia víctima del hecho llevando posteriormente una feliz relación sentimental- en segunda instancia se utilizó la analogía para encontrarle al caso una solución más justa y adaptada a la realidad, aplicando la misma

en la materia de eximentes penales que, como se conoce, con la incorporación ulterior de las lesiones leves en el catálogo de delitos de acción privada no se acompañó la consecuente extensión a esta figura de la excusa absolutoria, acuñada por el art. 132 del Código Penal.

La Sala Segunda de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario en fecha 20/12/1995 sostuvo que «...A la luz de una explicación conglobante y sistemática del derecho y de la óptica insoslayable del sentido común, una conclusión condenatoria en un caso como el aquí presentado, revelaría incoherencia lógica y quebrantamiento de una justa razonabilidad...En la especie *una solución favorable al imputado* no sólo cuenta con sustento en principios generales, como el de la necesidad de la pena y el sentido de sus fines: también el análisis de las normas particulares inclinan por idéntica conclusión... El derecho tiene como sustento básico su razonabilidad y alienta una generosa interpretación que permita la solución más justa y razonable del caso sometido a la jurisdicción. Lo vedado en el ámbito penal es ampliar hermenéuticamente el espectro incriminante, pero, en cambio, *es lícito admitir in bonam parte métodos extensivos o analógicos que no signifiquen apartamiento del derecho vigente, ni lesionen el principio constitucional de legalidad y reserva*. Así la doctrina entiende como legítima la extensión de una justificación o de una

excusa, existentes en el ordenamiento positivo a una situación no expresamente prevista pero conformada según los principios de aquéllas...»²⁰.

Esta solución que aparece como lógica, justa y digna de estudio, no hace más que aplicar la analogía en materia de eximentes penales, ya que si bien por analogía la pena no puede extenderse de un caso a otro; la excusa sí puede extenderse por analogía de un caso a otro caso, teniendo siempre en cuenta que ante cualquier duda hay que aceptar la doctrina más benigna²¹.

Teniendo en cuenta que la recepción jurisprudencial de lo que la doctrina viene sosteniendo en cuanto a la interpretación analógica en favor del reo constituye un hito muy importante en el avance del garantismo penal, pero por sobre todo constituye la realización jurisprudencial del valor justicia²², al revocarse el fallo condenatorio de primera instancia con la consecuente absolución del imputado, por analogía se solucionó una *omisión legislativa* que genera una insólita paradoja: si las lesiones hubieran sido secuela de un atentado sexual -delito mucho más grave- consumidas en el contexto de la violación, hubiera operado la exclusión de la punibilidad expresamente prevista por el Código Penal, si, en cambio, la agresión se redujera a producir lesiones de leve entidad, el casamiento no obstaculizaría continuar con el proceso y

se aplicaría una pena perturbadora de la armónica convivencia conyugal, sobreviniente al hecho originante de la causa.

IV. Analogía, Principios Generales del Derecho y Derecho Penal

Entraríamos en el campo de los principios generales del derecho positivo si definiéramos a la analogía jurídica como un procedimiento que, en la medida en que la justicia lo aconseja, extiende la aplicación de una norma a través de una inducción inicial de la que se deduce la norma inexistente²³, siempre que no infrinja algún principio jurídico positivo superior o prioritario. La analogía del derecho se referiría a la aplicación analógica de los principios generales del derecho positivo en los casos carentes de regulación legal²⁴.

La analogía aparecería como una forma específica de denominar el procedimiento de creación de la norma inexistente por aplicación de un principio general positivo. Es más, la diferencia entre la llamada analogía legis y la analogía juris -según parta de una ley o de una pluralidad de disposiciones en camino a obtener la disposición no contemplada en el ordenamiento jurídico-, quedaría reducida a la amplitud o generalidad del principio que se extrajera inductivamente, sería un problema cuantitativo y se las asimilaría a la aplicación de un principio jurídico particular o sistemático, respectivamente²⁵.

Siguiendo a Aristóteles la analogía va de lo particular a lo particular coordinado, y en consecuencia no surge de ella ningún principio general: éste se descubre por vía deductiva. Pero Maritain aclara que el raciocinio por analogía es una inducción parcial o imperfecta, en la que se va de un hecho singular a otro hecho singular, pero en el razonamiento no hay lazo directo de lo particular a lo particular, sino que siempre hay algún concepto universal, que en el razonamiento por analogía lo constituye precisamente la semejanza entre los casos. En síntesis: solo hay dos clases de raciocinio o de argumentación: el silogismo o deducción, y la inducción²⁶.

El tema de «principios generales del derecho» configura un «clásico» del pensamiento jurídico, un «asunto límite» al borde o más allá de la positividad e indispensable para entender dicha positividad. Sobre cuáles son los principios y dónde deben buscárselos es materia controvertida, ya que se han interpretado adjudicándole distintos significados -principios del derecho natural o bien principios no iusnaturalistas-. Pero los principios generales del derecho cumplen su función de puesta en forma de los sistemas jurídicos, y a ello se debe la denominación que suele dárseles en diferentes sistemas jurídicos, como por ejemplo «higer lay» -derecho más alto- en los Estados Unidos de América o «weroesnung» en Alemania. Son, en definitiva, principios trascendentes, ya que

se pueden encontrar en la ley o fuera de ella, en relación al valor justicia, actuando como marco referencial operativo.

Más allá del contenido que puedan tener tales principios -principios jurídicos positivos particulares, principios jurídicos positivos sistemáticos, principios jurídicos teleológicos o metapositivos y principios doctrinarios o filosóficos políticos- o de su clasificación como principios omnivalentes, plurivalentes o monovalentes, la cuestión es que implican tres notas bien distintivas: la principalidad -pautas primordiales de las cuales el sistema deriva y a las cuales apunta, relacionada con su causa eficiente y con su causa final-, la generalidad -no determinación de los mismos- y la juridicidad -se refieren a materia jurídica.

El acceso a esos principios básicos del derecho se da en nuestro ordenamiento a través de los arts. 15 y 16 del Código Civil.

Según el art. 15 del Código Civil «...los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes...». Este artículo es aplicable a todo el ordenamiento jurídico, y dentro de nuestro sistema penal, el juez siempre debe fallar aun en los casos de «lagunas», sin descuidar lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, de otro modo incurriría en el delito de denegación de justicia del art. 273 del Código Penal. Si el juez *debe*

Claves Judiciales

Analogía y Derecho Penal

resolver el conflicto, a falta de toda norma tendrá forzosamente que recurrir al derecho natural, o sea, en definitiva, a la solución que le dicte su sentido de la justicia.

El art. 16 del Código Civil que integra formalmente el Código Civil Argentino, verdaderamente *lo excede*. Nos enseña Jorge W. Peyrano que tal artículo consagra pautas aplicables a *todo el sistema positivo argentino*. Idéntica tesis propició Del Vecchio a propósito del art. 3 de las disposiciones preliminares del Codice Civile de 1865: dicha norma, que acogía como sabemos los principios generales del derecho, sólo accidentalmente integraba el Código Civil, pues «...no sólo refiere a él, ni sólo al Derecho Privado, sino en general a todas las leyes....».

Existen herramientas jurídicas propuestas para suplir las deficiencias de la ley procesal, que resultan ser la costumbre procesal -contra legem-, la analogía legis y los principios generales del proceso civil. La «analogía legis» es un recurso técnico consistente en resolver la situación no prevista mediante la aplicación de una norma particular que rige un caso análogo²⁷. En puridad, la analogía es ella misma un principio lógico, de alcance universal, aplicable metodológicamente dentro del sistema jurídico, y dicha metodología posee una justificación propia-mente jurídica como que analogía implica igualdad.

Un sistema penal es tanto más próximo al modelo garantista del derecho penal mínimo cuanto más está en condiciones de expresar principios generales idóneos para servir como criterios pragmáticos de aceptación o de repulsión de las decisiones en las que se expresa el Poder Judicial, en particular de disposición. La riqueza de principios de un ordenamiento está determinada no sólo por los valores de justicia sustancial por él incorporados en el plano legal, sino también por el trabajo científico y jurisprudencial realizado sobre él por los juristas.

El autor, Dr. Hernán Fernando Postma, es Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Abogado Especializado en la Magistratura, Docente e Investigador Universitario, Juez de 1ra. Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción N° 11° de los Tribunales Provinciales de Rosario ■

¹ ERBETTA, DANIEL, CHIARA DÍAZ, CARLOS, ORSO, TOMÁS y FRANCESCETTI, GUSTAVO, «Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Comentado. Ley 12.734», (Rosario, 2008), Ed. Editorial Zeus S.R.L. Rosario, pág. 80.

² LUIS RECASÉNS SICHES, «Tratado General de Filosofía del Derecho», México, 1965, pág. 326.

³ SAVIGNY, I, N^o 46, pág.198.

⁴ En la primera posición, ver Cámara de Apelaciones Civil de Dolores, en Jurisprudencia Argentina, 1978, III-357, en la segunda posición, ver Cámara Nacional de Comercio, Sala c, en El Derecho, t. 77, pág. 476.

⁵ Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, fallo del 22 de diciembre de 1981, in re Gómez, G. C/ A.G.McKee Arg. Co. S/Cobro de Pesos, en Zeus, t. 27, Sección Reseña, pág. R-54.

⁶ S.C.Bs. As., 17/10/72, L.L., 149-481.

⁷ Hemos ampliado y profundizado estos estudios doctrinarios e investigativos, cuyos resultados se reflejan en POSTMA, HERNÁN FERNANDO, «Analogía Penal», Ed. Editorial Zeus S.R.L., Rosario, 2012, libro que se encuentra actualmente en prensa y en trámite de publicación.

⁸ BOURGUIGNON, MARCELO, «El debido proceso, garantía constitucional»; en la Ley 11-11-83 punto IV B. y LENA PAZ, JUAN, «La protección de los derechos individuales en la Constitución estadounidense», en J.A. 1945-1-Secc. doctrina, pág. 90.

⁹ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala 1^o, en «Actuaciones remitidas por el Juzgado en lo Penal de Cañada de Gómez», Expte N^o 399/99,

Resolución N^o 98, del 18/05/99.

¹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala 1^o, en «Actuaciones remitidas por el Juzgado en lo Penal de Cañada de Gómez», Expte N^o 400/99, Resolución N^o 97, del 18/05/99.

¹¹ PERELMAN CH., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pág.196. Para profundizar el estudio respecto a esta temática puede recurrirse a la convincente obra de S. BELAÍD, «Essai sur le pouvoir créateur et normatif des juges», L.G.D.J., París, 1974.

¹² R. ALEXY, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Derecho y razón práctica» (trad. MANUEL ATIENZA), Ed. Fontamara, México, 1993, pág. 22.

¹³ GUARNERI JOSÉ, «Las influencias del derecho civil en el derecho penal», Ed. José Cajica Jr., Puebla (México), 1952, pág. 75.

¹⁴ PERELMAN CH., «La lógica jurídica y la nueva retórica», Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pág. 233.

¹⁵ ANTOLISEI, «Manuale», 3^a Ed., 1957, pág. 66. Para ampliar estas ideas se puede ver también GÉNY FRANCISCO, «Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo», Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 565 y ss.; BUSO EDUARDO B. y OTROS, «Código Civil Anotado», Ed. Ediar, Bs. As., 1944, I, pág. 153.

¹⁶ TERÁN LOMAS ROBERTO, «Derecho Penal. Parte General», Ed. Astrea, Bs. As., 1980, Tomo I, pág. 121.

¹⁷ FERRAJOLI LUIGI, «Derecho y Razón. Teoría del

garantismo penal», Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 382.

¹⁸ JHERING, «Geist des römischen Rechts», V ed., 1898, III, p. 359.

¹⁹ RACZ GEORGES, «El método criminológico en la interpretación de la leyes penales», en Doctrina Penal, Año 9, 1986, N^o 35, pág. 468 y sgtes.

²⁰ C. Penal Rosario (Santa Fe), Sala 2^a, 20/12/95, W.D.G S/Lesiones Leves, en Zeus, Año XXV, 15/05/98, Boletín N^o 5927, T^a 77.

²¹ En este sentido se pronunciaron oportunamente F. CARRARA, «Programa. Parte General», cit. 890, Vol. II, pág. 361; G.P.TOLOMEI, «Elementi di diritto penale», Padua, 1866, 122 ss., pág. 88; E. PESSINA, «Elementos», cit. pp. 208-209; S. Soler, t. I, págs. 186, 188 y 189.

²² PRUNOTTO LABORDE ADOLFO, «La analogía in bonam partem en el Derecho Penal», en Zeus, Año XXV, 15/05/98, Boletín N^o 5927, T^a 77.

²³ Ver en este sentido la obra de MONTEJANO B. Y NOACO J., «Estática Jurídica», Ed. Eudeba, Bs. As., 1969, pág. 32.

²⁴ Conf. BUSO, I, N^o 101, p. 153, DE RUGGIERO, I, N^o 18, p. 152 y MESSINEO, I, N^o 17, pág. 110, entre otros.

²⁵ VIGO RODOLFO LUIS, «Integración de la ley», Ed. Astrea, Bs. As., 1978, págs. 183 y 184.

²⁶ Club de Lectores, Bs. As., 1958, págs. 218 y 363.

²⁷ PEYRANO JORGE WALTER, «El proceso civil. Principios y fundamentos», Ed. Astrea, Bs. As., 1978, págs.16/28.