

A propósito de la interpretación de la ley penal

Prof. José Hurtado Pozo*

1. SUMISIÓN DEL JUEZ A LA LEY

a) *El juez solo aplica la ley*

En la base del principio de la legalidad se encuentra la teoría del contrato social y, en especial, la idea de la separación de poderes del Estado: el legislador establece las leyes y el juez las aplica¹. Este último, según MONTESQUIEU², solo es la "boca que pronuncia las palabras de la ley". En este sentido, BECCARIA afirma: "En efecto, en el caso de un delito, hay dos partes: el soberano que señala la violación del contrato social y el acusado que niega esta violación. Es necesario pues que exista entre ellos un tercero que decida el conflicto. Esta tercera persona es el magistrado, cuyas sentencias deben ser inapelables y quien debe solo pronunciarse sobre si hay o no hay delito. En consecuencia, la interpretación de la ley no es asunto del juez, quien se contenta con 'aplicarla'. En esta forma, la aplicación solo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras. Las leyes oscuras y la interpretación constituyen un mal que será aún más grande 'si las leyes no son redactadas en lenguaje popular'³.

¹ Si bien la interpretación es un problema de todo orden jurídico, resulta necesario para estudiarla mejor referirse, sobre todo, a un sistema jurídico particular. En el presente artículo nos ocupamos especialmente de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina suizas. Las conclusiones a que se llega tienen, a nuestro modesto entender, una validez que va más allá de las fronteras helvéticas.

² MONTESQUIEU, *Del'esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

³ C. BECCARIA, *Des délits*, § V, pág. 56.

* Universidad de Fribourg, Suiza.

Las ideas racionalistas sobre la fuerza de la ley escrita, a fines del siglo XVIII, crearon la ilusión de que era posible elaborar códigos completos y perfectos⁴ y, gracias a estos, proteger de manera óptima a las personas y a sus bienes fundamentales, tanto contra los actos de terceros como contra los abusos del Estado.

Dentro de esta perspectiva, la aplicación de ley suponía un silogismo perfecto: "la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena"⁵. Si bien los penalistas no sostienen ya esta rígida concepción sobre el principio de la legalidad, ni conciben de manera tan estricta la sumisión del juez a la ley penal, este fetichismo legal aún sobrevive solapadamente. Esto permite preguntarse si el mundo del penalista no adolece, de cierto modo, de una especie de esquizofrenia: "De un lado afirma pomposamente el principio de la legalidad con sus inevitables consecuencias de precisión y certeza. Del otro, formula tipos legales que presentan una sublime vaguedad"⁶. El racionalismo trasnochado de las postrimerías del siglo XVIII no puede ser más admitido, en consideración tanto a los progresos alcanzados en el estudio del lenguaje, de la comprensión o de la argumentación, como a la evolución de las concepciones sobre la actividad de los juristas y el derecho mismo.

b) Necesidad de interpretar

El derecho penal, naturalmente mediante el lenguaje, prohíbe u ordena la realización de ciertos comportamientos. La ley penal, formulación escrita de estos mandatos, está dirigida a todos, e inclusive a los jueces que deben aplicarlas. El lenguaje legal y la terminología jurídica no escapan, evidentemente, a la especificidad del lenguaje en general; es decir a su carácter abstracto y general. Si una de las funciones esenciales del lenguaje, de origen siempre convencional⁷, consiste tanto en clasificar objetos y sucesos como en relacionarlos, las palabras no tienen significados intrínsecos o esenciales en relación directa con las características de las cosas que nombran. Dichos significados no han sido descubiertos, sino que han sido asignados⁸.

El campo de aplicación de las palabras no siempre está totalmente definido, y muchas palabras están asociadas a más de un significado (ambigüedad semántica)⁹. El lenguaje es, en consecuencia, vago y ambiguo. La ambigüedad puede deberse, también, a la manera como se construyen gramaticalmente las oraciones (ambigüedad sintáctica). La vagüedad del lenguaje está condicionada, por ejemplo, por el hecho de que, en razón de la diversidad de los usos del lenguaje ordinario o del lenguaje técnico, los conceptos o los enunciados no permiten decidir si, además de ciertas "situaciones tipos", comprenden también otras situaciones calificadas

⁴ F. GÉNY, tome I, núms. 38 y 96.

⁵ BECCARIA, *Des delits*, § IV, pág. 53, nota 3.

⁶ MALINVERNI, *RIDPP* 31, 1988, pág. 375.

⁷ NINO, *Introducción*, págs. 247 y ss.; cf. SOLER, *Las palabras*, págs. 11 y ss.

⁸ ITURRALDE, *Lenguaje legal*, pág. 29.

⁹ Un buen ejemplo de ambigüedad semántica es, precisamente, el término "interpretación", en la medida que se lo emplea para designar tanto el proceso como el producto resultante.

de "situaciones límites". Esto se debe a que los criterios que presiden el uso de las palabras no están totalmente determinados; dicho de otra manera, sus condiciones de aplicación no están delimitadas en todas las direcciones posibles, pues siempre pueden imaginarse circunstancias o casos ante los cuales el uso de la palabra no dicta su aplicación o inaplicación¹⁰. HART¹¹ habla, en relación con este hecho, de textura abierta del lenguaje y sostiene que "la incertidumbre al nivel de los límites constituye el precio a pagar para utilizar términos generales en cualquier forma de comunicación concerniente a las cuestiones de hecho".

Su naturaleza significativa no está precisada de antemano y definitivamente. Por el contrario, se halla condicionada, en particular, por el contexto (lugar y tiempo) en el que se las enuncia. Estas características del lenguaje no constituyen defectos, sino una ventaja trascendente¹².

En consecuencia, siendo la ley lenguaje, su aplicación supone siempre una interpretación. La idea, cara a MONTESQUIEU y a BECCARIA, según la cual el juez no hace sino aplicar la ley, supuestamente portadora de una solución para cada caso particular, es una ficción o una utopía. El legislador helvético, y especialmente los autores del Código Civil de 1907, tuvieron en cuenta las limitaciones de la ley al prever, en el art. 1º, los medios para superarlas. Aun cuando esta disposición trata sobre todo de la aplicación y la interpretación de la ley en derecho privado, no puede ser ignorada en materia penal. Es así como el Tribunal Federal afirma que "nada impide... que el juez interprete la ley conforme a su sentido profundo. Las reglas de la interpretación legislativa son las mismas en derecho penal que en los demás dominios de derecho, salvo prescripción legal contraria", como ocurre en el art. 1º del Código Penal, que consagra el principio de la legalidad. Así, los jueces federales parten de la idea de que el principio de la legalidad en derecho penal no excluye la interpretación de la ley. Por el contrario, ellos dejan abierta la posibilidad de saber en qué medida esta interpretación es limitada por el principio de la legalidad¹³.

c) Aplicación de la ley

Las concepciones tradicionales sobre el silogismo jurídico¹⁴ también han evolucionado, pero sin que la idea original haya sido completamente abandonada: se trataría de una operación de naturaleza fundamentalmente lógica, axiológicamente neutra y, en consecuencia, conforme al principio de la legalidad. Considerar el

¹⁰ ITURRALDE, *Lenguaje legal*, pág. 34.

¹¹ HART, *El concepto*, pág. 159. La distinción que hace este autor entre casos claros (núcleo de significación) y casos límites (zona de penumbra) debe ser relativizada; cf. LUZZATI, *La vaghezza*, págs. 141 y ss., en particular págs. 165-169; TWINING/MIERS, págs. 273 y ss.; OST/KERCHOVE, *APD*, 27, 1982, págs. 397 y ss., 409.

¹² La polisemia es considerada como una ley del lenguaje y no como un accidente. Cf. KNAPP, *ArSP* 74, 1988, pág. 148. MALMBERG BERTIL, *La lengua y el hombre*, traducción española de *Spraket och människan*, 9ª ed., Madrid, 1984, pág. 115.

¹³ Cf. WAIBLINGER, *FJS*, 1192, págs. 4 y ss.

¹⁴ OST, *L'interprétation*, pág. 112.

silogismo jurídico de esta manera implica admitir, aun tácitamente, que la premisa mayor (la ley) y la premisa menor (la situación de hecho) son elementos precisos. Además, esta concepción supone ignorar que no es posible separar radicalmente la norma de los hechos. La determinación de la premisa mayor (hipótesis legal) no se efectúa mediante una simple explicación o aclaración de la disposición legal respectiva. En realidad, la búsqueda del "contenido" de la norma legal implica siempre hacer referencia a uno o más casos concretos (imaginados o reales). Y la determinación del estado de hecho exige siempre tener en cuenta el criterio normativo estatuido en la norma. Una relación recíproca especial se establece entre la norma y la situación de hecho. La descripción de esta última, en tanto que premisa menor del silogismo jurídico, solo es posible gracias a la norma legal y esta, la premisa mayor, solo es comprendida con ayuda de la situación de hecho. De esta manera, la determinación de los presupuestos de la conclusión —mediante la interpretación de la regla (premis mayor) y de los hechos (premis menor)— es, en realidad, concomitante a la operación de subsunción y supone tanto una actividad intelectual como una apreciación de valor. El aspecto fundamental no es el de decidir sobre el carácter lógico de la conclusión, sino más bien el de precisar las premisas. El silogismo jurídico constituye más una técnica para elaborar la decisión judicial que un procedimiento orientado a la búsqueda de los elementos que permiten llegar a la conclusión. Con su ayuda se pueden exponer mejor los argumentos de hecho y de derecho que justifican la solución admitida.

2. LA INTERPRETACIÓN

a) Noción

El término "interpretación" no se distingue por su claridad. Se lo emplea para designar una serie de actividades o el resultado obtenido¹⁵. Las diferentes definiciones propuestas han sido influidas por la toma de posiciones de cada autor en relación con ciertos aspectos particulares de la interpretación¹⁶, por ejemplo, el objeto¹⁷ materia de la interpretación, los fines¹⁸ que se le atribuyen o los métodos por utilizar.

Conforme a una jurisprudencia constante, el Tribunal Federal suizo sostiene que la interpretación de la ley penal por parte del juez está sometida al principio *nulla poena sine lege* previsto en el art. 1º del Código Penal. Sin embargo, de las reglas de interpretación establecidas por la jurisprudencia resulta que el juez

¹⁵ LUZZATI, *La vaghezza*, págs. 102 y ss.

¹⁶ MENNICKEN, *Das Ziel*, pág. 10.

¹⁷ Al respecto, no es de olvidar que la expresión lingüística (regla) debe ser diferenciada de lo que se ha querido expresar (norma); cf. TWINING/MIERS, págs. 190 y ss.

¹⁸ Si se habla de esclarecer, atribuir, explicar, reconstruir el significado de la regla, se sugiere que se trata de descubrir algo preestablecido, por el contrario, si se hace referencia al hecho de elaborar o de decidir, se supone una función creadora del intérprete; cf. TWINING/MIERS, pág. 224.

puede, sin violar este principio, "interpretar el texto legal de manera aun extensiva para deducir el sentido verdadero; es decir, solo aquel que es conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión. Pero, es indispensable que la solución así obtenida se imponga perentoriamente; es decir, que si fuera ignorada la aplicación de la ley no correspondería a la verdadera voluntad del legislador"¹⁹.

Esta manera de definir la interpretación es poco transparente. No constituye una explicación o descripción, sino una prescripción sobre cómo debe interpretarse la ley. Señalando los fines, así como la corrección y la eficacia del procedimiento, se evita mencionar y discutir abiertamente la particularidad y las funciones del conjunto de operaciones designadas con el nombre de *interpretación*.

Consideramos preferible, en principio, describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, atribuye un sentido a la disposición legal aplicable²⁰. Esta última, como formulación lingüística, es portadora de una significación que el receptor (intérprete) debe comprender para resolver jurídicamente el problema planteado. Es decir que "solo en la interpretación se concretiza y se realiza el sentido que se trata de comprender, pero este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto"²¹.

b) Fines de la interpretación

La búsqueda del sentido de la ley está condicionada, en particular, por la cuestión preliminar referente a la finalidad de la interpretación. De la respuesta que se dé a este problema dependen necesariamente la orientación y la amplitud del resultado de la interpretación²². Dos concepciones se oponen al respecto: la teoría subjetiva y la teoría objetiva.

b.1 *Teoría subjetiva*. Según esta concepción, "el fin de la interpretación consiste en determinar la voluntad real del legislador a la época de la elaboración de la ley, tal como los trabajos prelegislativos y legislativos pueden revelarla más allá del texto. La ley es un acto de voluntad imperativo que se impone al juez, cuya sola tarea es determinar esta voluntad, precisando así la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido"²³. Esta concepción es criticada, primero, por la dificultad de identificar con exactitud la intención del legislador mediante el análisis de los trabajos preliminares y, segundo, porque esta voluntad histórica no es sino una ficción que esconde una realidad compleja y contradictoria²⁴. Es de señalar, además, la ambigüedad de la terminología em-

¹⁹ ATF 103, IV, 129.

²⁰ MENNICKEN, *Das Ziel*, pág. 101.

²¹ GADAMER, *Vérité*, pág. 175 (315); cf. VIOLA, *RIFD*, 1989, págs. 344 y ss.

²² WEINBERGER, *Norm*, págs. 176 y ss.

²³ GÉRARD, *Le recours*, págs. 80 y ss.

²⁴ GÉRARD, *Le recours*, págs. 82 y ss.

pleada: cuando se habla de voluntad se puede entender la intención con que el legislador ha intervenido; es decir, el hecho de querer dictar una regla. Pero también se puede comprender como la intención del legislador de dar a la regla un cierto significado y, por último, como el fin perseguido por el legislador mediante la dación de la regla. Este fin puede, a su vez, ser comprendido como el impacto esperado de la regla en el mundo externo (conducta de personas y consecuencias inmediatas) y, en sentido más amplio, como los efectos que pueda tener en relación con las demás reglas del ordenamiento jurídico²⁵. Esta perspectiva, ya imprecisa cuando se piensa en un legislador individual, deviene bastante vaga tratándose de un legislador colegiado (Parlamento).

A pesar de estas dificultades y considerando la real importancia de los trabajos preparatorios, es de rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción; pero tampoco es de otorgarle una excesiva importancia. No es de olvidar, así mismo, que su búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando solo se trata del sentido considerado por el intérprete como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, solo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando —para lograr su aceptación— la autoridad del legislador.

b.2 *Teoría objetiva*. Según la teoría objetiva, la ley se desprende de sus autores en el momento de ser promulgada. Adquiere así una existencia distinta y su significación evoluciona en función de los cambios sociales. Esta significación no puede ser reducida a la voluntad del legislador histórico. Para determinarlo, el juez tiene la facultad de apreciar y de adaptar, conforme a la *ratio legis*, el texto de las disposiciones legales a las nuevas situaciones²⁶. La teoría objetiva ha sido frecuentemente criticada en razón de que niega de manera absoluta el hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que este no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad²⁷. Esta teoría envuelve igualmente el riesgo de que la adaptación constante del derecho a las necesidades de la hora actual “sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados”²⁸.

b.3 *Cuestionamiento*. La separación radical de estas dos concepciones es artificial, pues no puede oponerse de manera absoluta la intención a la comunicación. La intención es un fenómeno del “mundo interno” del “legislador”. Para determinarla solo se puede penetrar en ese mundo —a menos de recurrir a especiales procedimientos esotéricos— por medio de la palabra (escrita u oral), manifestación externa del pensamiento del legislador. La comunicación no tiene, además, un sentido objetivo que baste descubrir. Su comprensión varía según los elementos tomados en cuenta:

²⁵ TWINING/MIERS, págs. 259 y ss.

²⁶ GÉRARD, *Le recours*, pág. 83.

²⁷ MENNICKEN, *Das Ziel*, pág. 28.

²⁸ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, pág. 79.

tanto aquellos presentes al momento en que fue expresada, como los existentes en el momento en que es comprendida. Intención y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de una parte, la intención se materializa en la comunicación y, de otra parte, la comunicación expresa y hace conocer la intención.

La precomprensión²⁹ necesaria a toda interpretación supone el conocimiento —entre otros factores— de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídico-políticas que han condicionado el “nacimiento” del texto de que se trata. Sin embargo, para el intérprete no es cosa de revelar simplemente lo que ha sido efectivamente dicho por el otro (*in casu*, el legislador), sino más bien de evidenciar la idea de este “de la manera que le parece imponerse según la situación concreta de la conversación”³⁰. Desde este punto de vista, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por la situación del intérprete³¹.

Para continuar hablando de teoría subjetiva y de teoría objetiva debe cambiarse de criterio distintivo. Es indispensable considerar más bien los elementos privilegiados por el intérprete: si recurre sobre todo a las circunstancias relativas a la elaboración y promulgación (comunicación de la ley), se orienta hacia una percepción subjetiva de la interpretación. Por el contrario, su perspectiva es más bien objetiva cuando tiene en consideración esencialmente los elementos presentes al momento de comprender la formulación³².

b.4 *Concepción del Tribunal Federal suizo*. Frente a esta alternativa, el Tribunal Federal se pronuncia en favor de la concepción objetiva, pero sin abandonar completamente la teoría subjetiva. Según él, “si se quisiera deducir de su jurisprudencia una regla general, se podría decir, a lo más, que hace una reserva en relación a la interpretación histórica”, reserva justificada “pues es un hecho de la experiencia que los trabajos preparatorios informan muy raramente de manera precisa sobre la voluntad real y completa del legislador”³³.

Esta reserva resulta, en particular, estricta en la medida que el Tribunal Federal condiciona el respeto de esta voluntad (expresada por el legislador de manera clara y cierta e importante en derecho penal, donde prima el principio *nullum crimen sine lege*) al hecho de que no sea incompatible con el texto legal y que, además, no sea absolutamente inaceptable en la práctica³⁴. Así, “lo importante no es el sentido que el legislador histórico ha podido atribuir a una disposición, sino el que resulta de todo el sistema de la ley, en las circunstancias actuales”³⁵. Este

²⁹ GADAMER, *Vérité*, págs. 250, 307 y ss.; ESSER, *Vorverständnis*, págs. 136 y ss.; A. KAUFMANN, *Zirkelschluss*, págs. 7 y ss. Cf. LARENZ, *Methodenlehre*, págs. 87 y ss.; GIZBERT-STUDNICK, *ArSP*, 73, 1987, págs. 476 y ss.; ZÄCH, *RDS*, 96, 1977, págs. 320 y ss.

³⁰ GADAMER, *Vérité et méthode*, pág. 149.

³¹ GÉRARD, *Le recours*, pág. 90.

³² ROSS, *On Law*, pág. 118.

³³ ATF 83 IV, 128.

³⁴ ATF 83, IV, 128.

³⁵ ATF 83, IV, 128.

sentido o el atribuido a una disposición por el legislador solo puede constituir la respuesta al caso particular cuando es considerado como el "verdadero sentido de la norma". Se trata, en realidad, de uno de los sentidos en los que desemboca el proceso de la interpretación. Su selección depende de criterios lógicos y axiológicos que se revelan a través del análisis practicado mediante los métodos de interpretación.

Desde esta perspectiva se puede apreciar mejor qué quiere decir el Tribunal Federal al afirmar que "no excluye ningún método de manera absoluta, pero que recurre a los procedimientos de interpretación que le parecen, en el caso particular, los más apropiados para definir el verdadero sentido de la norma". Esta descripción del procedimiento interpretativo, infeliz para algunos³⁶, se aproxima más a la descripción moderna de la interpretación. La misma que se caracteriza, de un lado, por un factor de precomprensión [*Vorurteil und Vorwissen*], especie de hipótesis que debe ser confirmada o, llegado el caso, rectificada o completada como sentido de la disposición interpretada, y, de otro lado, por el recurso a los denominados "métodos de interpretación" a fin de determinar los argumentos³⁷ que permiten justificar mejor el "verdadero sentido de la ley" como fundamento de una decisión oportuna y justa para todos. Al respecto es de insistir en que el análisis del proceso interpretativo va siempre acompañado del análisis del proceso de justificación de la decisión tomada y, así mismo, que la precomprensión (representación anticipada del resultado considerado congruente) condiciona el ámbito y las orientaciones según las cuales se utilizan los textos legales, los métodos, la jurisprudencia y los criterios doctrinales³⁸.

c) Procedimientos de interpretación

Desde que SAVIGNY practicara la distinción se continúa hablando de los métodos gramatical, histórico, sistemático y teleológico. En derecho penal todo método de interpretación es, en principio, admitido. Si es de hacer una distinción entre la interpretación en el derecho penal y en las demás ramas jurídicas, esta se refiere sobre todo a los límites de la interpretación, no a sus métodos.

c.1 *Método literal o gramatical*. Este método consiste en la búsqueda del significado de los términos y del texto como un todo. Este análisis lingüístico es percibido como el primer paso que debe darse en todo proceso de interpretación, o como la determinación de su sentido natural en tanto límite de la interpretación. En el primer caso, no se hace sino repetir una evidencia. El segundo supone que se define, previamente, qué se comprende por "sentido literal del enunciado"³⁹.

En ambos casos se plantea ante todo el problema de saber si el elemento literal (enunciado prescriptivo) constituye un elemento independiente de los demás factores

(histórico, sistemático y funcional), o si el elemento literal no es sino el resultado obtenido mediante el recurso a todos estos factores. En esta última hipótesis, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación.

Respecto a la primera posibilidad, es de tener en cuenta la manera como el sentido literal es determinado. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, señalemos que este sentido puede ser considerado como el sentido de la expresión lingüística aislada de todo contexto, el sentido natural u ordinario de los términos, el sentido comprendido *prima facie* o, por último, el sentido conforme a los usos consolidados del lenguaje de los juristas⁴⁰.

La naturaleza del lenguaje señalada precedentemente excluye que el sentido del enunciado pueda ser establecido sin referencia al contexto en que es formulado, o solo considerando un supuesto sentido natural u ordinario⁴¹.

El significado pleno de un texto no solo está expresado en el texto mismo. Todo enunciado, todo término no adquiere pleno significado sino en un contexto determinado. He allí por qué "ejecutar una orden de manera a respetar la letra y no el sentido, constituye una trapacería. Está fuera de duda que quien recibe una orden debe realizar un cierto trabajo creador de comprensión"⁴².

Considerar el sentido literal como el compendio *prima facie* se refiere a la idea de que si el enunciado es claro no es necesario interpretarlo. La vagüedad congénita del lenguaje hace inadmisibles estas concepciones. No hay, pues, texto que no requiera ser interpretado. Negarlo, alegando que el texto es claro, no es correcto. El mismo hecho de decir que es claro "implica siempre una interpretación al menos implícita", y supone que ya ha sido comprendido en un sentido determinado, el mismo que ha sido reconocido como el "verdadero sentido" de la disposición. Esta interpretación no puede ser comprendida, además, como la simple comprensión literal implica una precomprensión confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación⁴³.

El Tribunal Federal recurre frecuentemente a la noción de "texto claro", pero no siempre extrae las mismas consecuencias. A veces afirma la primacía del texto legal, en particular cuando pretende que el recurso a elementos externos está limitado a los casos en los cuales el texto legal no es absolutamente claro y que no puede ser comprendido racionalmente de una sola manera. En otras ocasiones admite la posibilidad de que los jueces se alejen del texto legal claro cuando "existen

⁴⁰ LUZZATI, *Vaghezza*, págs. 210 y ss.

⁴¹ ITURRALDE, *Lenguaje legal*, pág. 43. Este autor dice: "A menos de reducir la claridad del texto a la mera corrección sintáctica de su redacción, aquella nunca lo es de modo absoluto sino relativa al contexto, tanto lingüístico como extralingüístico".

⁴² GADAMER, *Vérité et méthode*, pág. 177.

⁴³ De manera más general, es de considerar que la precomprensión no constituye un criterio prescriptivo de lo que debe aceptarse. Permite más bien describir el proceso realizado por el intérprete y resaltar el carácter provisorio de la representación anticipada del resultado (Cf. ZACCARIA, *Interpretazione*, págs. 22 y ss).

³⁶ GRAVEN, *Note*, pág. 160; cf. STRATENWERTH, *AT*, 5, n. 37 y ss.

³⁷ WINBERGER, *Norm*, pág. 186; ZÄCH, *RDS* 96, 1977, pág. 314; cf. WROBLEWSKY, *ADP* 17, 1972, pág. 60.

³⁸ ZACCARIA, *Interpretazione*, págs. 21, 163.

³⁹ SCHROTH, *Probleme*, pág. 193.

razones serias para admitir que la interpretación conforme al texto no corresponde al verdadero sentido de la ley". Ellos van aparentemente más lejos, cuando dicen: "Pero este texto literal de una disposición legal no es solo decisivo para su interpretación. Su origen, su *ratio* y su fin, su relación con otras reglas de ley entran también en consideración y pueden justificar una interpretación restrictiva o extensiva".

"Sentido claro" significa, en este orden, más bien "obvio", "evidente", "racional". Es decir, cuando el sentido comprendido es conforme a los criterios prevalentes y no conduzca a resultados absurdos o socialmente inaceptables.

La idea del "texto claro" permite no solo percibir las insuficiencias del método gramatical, sino también las tentativas dirigidas a disimular estas insuficiencias⁴⁴. Según VAN KERCHOVE, "La falsa transparencia de los textos constituye así el refugio —aparentemente el más inocente— en el que se puede disimular el ejercicio dogmático de un poder que tiende a ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control verdaderamente racional así como a toda discusión"⁴⁵.

La comprensión del sentido literal como el sentido conforme a los usos consolidados del lenguaje de los juristas nos parece poco precisa, por cuanto la determinación de las ideas admitidas por los juristas como prioritarias sobre un enunciado determinado supone, en realidad, precisar cuál es la "interpretación" (en tanto resultado) aceptada sin discusión o de manera significativamente mayoritaria. Una de las ventajas de admitir este criterio sería, por ejemplo, la de permitir una explicación bastante coherente del recurso a los otros factores para alejarse del enunciado legal (letra de la ley) y atribuirle un sentido renovador de acuerdo con la evolución social (sentido conforme al espíritu de la ley)⁴⁶.

Todo lo dicho no implica, sin embargo, negar la existencia de las reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que, como formulaciones lingüísticas, constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial tanto en la determinación de los límites de la interpretación como también en la creación de problemas de interpretación⁴⁷.

Por último, en este dominio se olvida con frecuencia que muchas veces la determinación del texto se efectúa mediante la interpretación⁴⁸. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que condiciona o limita la interpretación. Esto es particularmente notorio en Suiza, donde las leyes son redactadas en tres idiomas diferentes. Cuando existe discrepancia entre estas diversas versiones, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

⁴⁴ OST, *L'interprétation*, pág. 102.

⁴⁵ KERCHOVE, *La doctrine*, pág. 49; cf. WAIBLINGER, *FJS* 1192, pág. 5.

⁴⁶ Cf. LUZZATI, *La vaghezza*, págs. 225 y ss.

⁴⁷ TWINING/MIERS, págs. 198, 203.

⁴⁸ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 131.

c.2 *Método sistemático*. Según este método, la disposición legal es interpretada de acuerdo con el lugar que ocupa en el sistema legal y en relación con las otras normas legales⁴⁹. Dicho de otra manera, se trata de precisar el sentido de la ley tomando en consideración el contexto jurídico de la regla⁵⁰. El primer y fundamental problema que se presenta es precisamente la delimitación de este contexto jurídico, que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a determinada norma, o ampliado a normas pertenecientes a otros dominios del derecho y aun a los principios generales.

DESCHENAUX intenta precisar la noción de interpretación sistemática en estos términos: "En un primer momento que prolonga la llamada interpretación literal, el juez interroga el contexto, relaciona las disposiciones, estudia la economía general de la ley (interpretación llamada lógica). En un segundo momento, deduce las ideas normativas que se encuentran en la base de la ley y sitúa en su perspectiva la disposición a interpretar. Es la interpretación propiamente sistemática a la que se refiere el Tribunal Federal cuando dice querer considerar las concepciones fundamentales de la ley y las relaciones entre sus diferentes partes, cuando se refiere a su «lógica interna»"⁵¹.

El punto de partida del análisis sistemático es la idea de que la ley o, más exactamente, el sistema jurídico, es un todo coherente. Sistema que comprende tanto la ley escrita y la costumbre como los principios y valores que pueden ser deducidos de estas mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis⁵². Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, "el juez debe comportarse como si el derecho fuera coherente, completo, desprovisto de ambigüedades, equitativo y susceptible de conducir a una sola solución"⁵³. Atribuyendo al legislador la solución que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Como medida extrema, se refiere a la conformidad del sentido de la norma con la Constitución, considerando que el legislador no puede establecer leyes contrarias a la ley fundamental.

En este sentido, el legislador es considerado como un ser excepcional, todo poderoso, omnisapiente, justo, dotado de un gran sentido práctico y consagrado a crear obras de una extraordinaria coherencia⁵⁴. Se trata de una ficción que permite al juez justificar el resultado de su interpretación mediante la invocación de un argumento de autoridad basado en el poder del legislador o del sistema jurídico. Como esta referencia al "legislador racional" suplanta la referencia a la "voluntad

⁴⁹ SCHROTH, *Probleme*, pág. 193.

⁵⁰ OST, *L'interprétation*, pág. 141.

⁵¹ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, págs. 85 y ss.; ATF 90, IV, 187/JdT, 1965, IV, pág. 19.

⁵² OST, *L'interprétation*, pág. 116.

⁵³ OST, *L'interprétation*, pág. 108.

⁵⁴ HURTADO POZO, *Dogmatique*, pág. 39.

del legislador histórico”, parece lógico que el texto claro (es decir, el que es considerado como reflejo fiel del sentido expresado por su autor)⁵⁵ sea descartado en beneficio del “sentido verdadero de la ley”. Al respecto, recordemos la sentencia, anteriormente citada, en la que el Tribunal Federal afirma “que lo importante no es el sentido que el legislador histórico ha podido atribuir a una disposición, sino el que resulta de todo el sistema de la ley, consideradas las circunstancias actuales”⁵⁶.

Para evitar entendimientos equivocados señalemos que el criterio del “legislador racional” es solo una idealización, útil tanto para legitimar el “verdadero sentido” como para “expresar la fidelidad del juez al marco tradicional de nuestras instituciones y a los valores que les son subyacentes”⁵⁷.

Sin embargo, tampoco es de caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en claro que afirmar su coherencia y plenitud absoluta significa admitir una ficción que solo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores sociales. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y la realidad social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación⁵⁸.

c.3 *Método histórico*. El método histórico ya ha sido, en parte, analizado cuando tratamos de la interpretación subjetiva. Mediante este método, se trata de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico)⁵⁹. Las fuentes de información son todos los documentos escritos donde se encuentran datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios...).

Como lo hemos señalado anteriormente, los trabajos preparatorios no informan de manera certera sobre la voluntad real del legislador. El Tribunal Federal expresa algunas reservas en relación con el método histórico, precisando así su posición ante el conflicto entre interpretación subjetiva e interpretación objetiva. Desde este punto de vista, se comprende la crítica dirigida por DESCHENAUX contra la posición del Tribunal Federal frente a los trabajos preparatorios, posición que carece de firmeza: “En las decisiones que se inspiran del método objetivo, el alcance de las opiniones expresadas durante el proceso legislativo son minimizadas, pues la ley debe ser interpretada a partir de ella misma. En otras decisiones, los trabajos preparatorios son al menos invocados para distinguir los sentidos literales o como

argumentos de apoyo”⁶⁰. FRANÇOIS CLERC, después de analizar la jurisprudencia del Tribunal Federal, correspondiente a los primeros años de vigencia del Código, opinaba en el mismo sentido, señalando que para los jueces federales los trabajos preparatorios podían “servir para esclarecer un texto oscuro, como medio auxiliar de interpretación, pero son sobre todo utilizados para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro”⁶¹.

Si se abandona esta perspectiva para colocarse en la que hemos escogido, resulta fácil comprender la aparente falta de firmeza de los jueces federales. Las informaciones sobre el origen de las disposiciones legales constituyen elementos esenciales para la comprensión de estas disposiciones, en la medida en que su conocimiento, es decir la comprensión indispensable a toda interpretación, permite al juez justificar el sentido considerado como el verdadero sentido de la ley.

No es pues obligatorio para el juez tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en esos trabajos. Los emplea tanto para mejor determinar el sentido aplicable al caso concreto como para ordenar correctamente los motivos justificantes de la decisión⁶².

c.4 *Método teleológico*. Según este método, para determinar el sentido de una disposición es indispensable esclarecer su finalidad. Si esta es precisada indagando sobre los fines que el legislador se fijó al momento de dictar la ley, no se hace otra cosa que buscar la voluntad del legislador, procedimiento que cae en el dominio del método histórico.

Cuando se habla de método teleológico, se piensa más bien en la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada por el orden jurídico. Se habla en este caso de *ratio legis*, literalmente “razón de ser de la ley”. La terminología y los criterios utilizados para definir el método teleológico no se caracterizan ni por su claridad ni por su precisión. Buscando esclarecer la situación, PERRIN pretende que “conviene, al menos teóricamente, de distinguir la *ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho que es el objetivo general de la política legislativa perseguido por el autor de la ley”⁶³. Así, la *ratio legis*, sopesamiento de intereses efectuado por el legislador para alcanzar el fin general de la política legislativa, no se confundiría con este último, noción mucho más amplia.

Toda esta problemática está, en realidad, influida por la manera de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu [*Wortlaut und Auslegung*], dualidad⁶⁴ consa-

⁵⁵ PERRIN, *L'interprétation judiciaire*, pág. 247.

⁵⁶ ATF 83, IV, 128.

⁵⁷ OST, *L'interprétation*, pág. 180.

⁵⁸ TWINING/MIERS, págs. 200 y ss.

⁵⁹ SCHROTH, *Probleme*, pág. 194.

⁶⁰ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, pág. 85.

⁶¹ CLERC, *RPS* 64, 1949, pág. 17; WAIBLINGER, *FJS* 1192, pág. 6.

⁶² KERCHOVE, *La doctrine*, págs. 68 y ss.

⁶³ PERRIN, *L'interprétation judiciaire*, pág. 249.

⁶⁴ En teología se distingue, de un lado, la exégesis —interpretación estricta y literal del texto bíblico— y de otro lado, la hermenéutica —búsqueda de la verdad espiritual oculta en el texto—; cf. TWINING/MIERS, pág. 225. Sobre el origen de esta pareja dicotómica, ver LUZZATI, *Vaghezza*, págs. 202 y ss.

grada en el art. 1º del Código Civil suizo: "La ley rige todas las materias a las que se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones". Esta disposición que regula la aplicación de la ley implica la idea "que una oposición puede existir entre la 'letra' y el 'espíritu' de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado"⁶⁵. El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley corresponde al mandato precisado respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla. De esta manera existirían "dos legalidades legítimas"⁶⁶. La regla deducida así por el intérprete está, pues, "virtualmente contenida en la ley"⁶⁷. De manera que en el dominio penal, junto a las incriminaciones expresas [*Gesetzstatbestände*], existirían incriminaciones que se deducen de una "justa interpretación de la ley", es decir, de conformidad con el espíritu de la disposición [*Auslegungstatbestände*]⁶⁸.

El término "espíritu" en sí mismo es bastante ambiguo. La confusión aumenta porque se habla también de "espíritu del legislador" o de "espíritu de la época" en que la ley fue establecida o es aplicada. El vocablo alemán "*Geist*" (espíritu) es, generalmente, considerado inexacto. Los juristas germánicos prefieren hablar de "*Sinn*" para mejor precisar la expresión "*Auslegung*", utilizada en el art. 1º del Código Civil, en lugar del término "*esprit*". Estas dificultades de orden terminológico producen curiosos resultados en las decisiones del Tribunal Federal y en las reflexiones doctrinales.

En cuanto a la jurisprudencia, cuando la decisión es redactada en francés, los jueces utilizan el término espíritu [*esprit*]⁶⁹ o la fórmula "sentido verdadero de la ley"⁷⁰. Si la decisión es redactada en alemán, se utiliza la expresión "Sinn des Gesetzes" o "wahrer Sinn des Gesetzes", expresión traducida muy naturalmente en el *Journal des Tribunaux* por "esprit"⁷¹ y "*véritable sens de la loi*", respectivamente⁷².

Ahora bien, el "*Sinn*", el "*sens*", el espíritu de la ley o el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión"⁷³, es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma⁷⁴ y resulta necesariamente de la interpretación conforme al texto del art. 1º del Código Civil, que habla de "*Auslegung*". Sin embargo, el Tribunal Federal y algunos comentarios redacta-

dos en francés conciben "el espíritu" como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación. De lo contrario, ¿cómo comprender la definición de GRAVEN según la cual "la interpretación consiste... en determinar si la letra y/o el espíritu de tal disposición legal se refiere a la materia que debe resolver el juez"⁷⁵? ¿Y cómo el Tribunal Federal podría, por ejemplo, hablar de "interpretación conforme o no conforme al espíritu de la ley"⁷⁶.

Los problemas terminológicos, que hacen dudar de una noción tan frecuentemente utilizada como la del "espíritu de la ley", ocultan, en buena cuenta, tanto problemas relativos de manera general al derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones, como cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas es de considerar, por ejemplo, la referente a la jerarquía de los denominados "métodos de interpretación" y la concerniente a los límites de la interpretación.

El sentido conforme al espíritu sería el resultante luego de ordenar y precisar los datos proporcionados por el significado literal del texto. Labor influida por consideraciones económicas, morales, sociales, de principio, de coherencia, de justicia formal o material. Esto supone necesariamente que, así concebido, el espíritu es siempre un elemento variable⁷⁷. En la práctica, se recurre frecuentemente al espíritu de la regla cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente.

c.5 *Jerarquía de los métodos*. Si se hace referencia a las concepciones tradicionales de la interpretación y a la presentación convencional de los métodos de interpretación, podría creerse que se está ante un procedimiento constituido en etapas herméticas (al inicio, comprensión del sentido literal y, al final, determinación de los fines de la ley), cuyo recorrido conduciría lógica y seguramente a la fijación del verdadero sentido de la ley.

Sin embargo, los diversos métodos no están ordenados según una jerarquía preestablecida y rígida. La preeminencia reconocida a uno de los métodos en detrimento de los demás es el resultado de una decisión ideológica determinada⁷⁸. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador dará la prioridad al método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es precisar el sentido objetivo de la regla privilegiará el método teleológico. Es el caso de la mayoría de los penalistas: a partir de la idea de que el derecho penal está orientado hacia la protección de bienes jurídicos, afirman

⁶⁵ DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, pág. 76.

⁶⁶ PERRIN, *L'interprétation judiciaire*, pág. 246.

⁶⁷ GRAVEN, *Note*, pág. 154.

⁶⁸ HURTADO POZO, *Dogmatique*, pág. 37.

⁶⁹ Cf. por ejemplo, en materia penal, ATF 103, IV, pág. 130.

⁷⁰ Cf. ATF 90, IV, pág. 188.

⁷¹ ATF 88, IV, 93/JdT 1962, IV, 125; ATF 95, IV, 68/JdT 1969, IV, 82.

⁷² ATF 87, IV, 118/JdT 1962, IV, 13; en esta misma sentencia el término "*Sinn*" es igualmente traducido por "*texte de la loi*", traducción criticada, a justo título, en JdT 1969, IV, 83, nota 1.

⁷³ ATF 88, IV, 93 (JdT 1962, IV, 125).

⁷⁴ Cf. TOUR/SCHNYDER, *Das ZGB*, pág. 31, que hablan de "latenter Inhalt des Gesetzes".

⁷⁵ GRAVEN, *Note*, pág. 153; si se pretende que el espíritu de la ley es el resultado de la interpretación, esta definición pierde todo significado: "la interpretación consiste en determinar si la letra o el espíritu de la interpretación se relacionan...".

⁷⁶ En alemán: "*eine Auslegung, die durch den Sinn des Gesetzes gedeckt wird oder nicht*". Cf. ATF 87, IV, 118/JdT 1962, IV, 13; ATF 95, IV, 73/JdT 1969, IV, 82; ATF 103, IV, 129.

⁷⁷ LUZZATI, *Vaghezza*, pág. 248.

⁷⁸ ZÄCH, *RDS* 96, 1977, pág. 333.

que la interpretación propia del derecho penal es la interpretación teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares⁷⁹.

El Tribunal Federal, con frecuencia de manera implícita y a veces de modo expreso, sigue igualmente esta última vía. Es el caso cuando señala que "lo importante no es la letra, sino el espíritu de la ley que se determina de acuerdo a los fines y a los valores que la inspiran..."⁸⁰.

A nuestro modo de ver, esta alternativa no corresponde del todo a la naturaleza de la interpretación. Se trata más bien de un falso conflicto, pues el sentido es comunicado mediante el texto y el contenido de la comunicación es determinado por un procedimiento a doble vía, en el que el intérprete integra los hechos y el texto. Para recorrer esta vía el intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos del texto legal, el que le parezca más conforme al caso por resolver. Este resultado no es el único "verdadero sentido de la ley", culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de las afirmaciones de los interesados en el sentido de que se limitan a deducir el "verdadero sentido". Este no es "verdadero" sino en relación con el contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

3. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN

a) Interpretación restrictiva o interpretación extensiva

En razón de la amplitud atribuida al sentido de la ley, se distingue entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva. Esta distinción es frecuentemente presentada como un aspecto concerniente solo al resultado de la interpretación. En realidad se relaciona con problemas esenciales de la interpretación, con la manera como se define esta actividad y con la fijación de sus límites. Basta considerar las opiniones que cuestionan su legitimidad afirmando que "la interpretación debe ser declarativa, es decir limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y todo su sentido, sin agregar ni recortar nada"⁸¹. El Tribunal Federal, al admitir expresamente la posibilidad de interpretar extensivamente la ley aun en desfavor del prevenido, se acerca a este criterio precisando que lo decisivo es deducir el sentido verdadero y justo de la ley.

Desde este punto de vista, la discusión sobre la distinción entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva no interesa sino en la medida en que, de esa

manera, se busca deducir directivas para dar la preferencia a una u otra interpretación. Esto sin ocultar el hecho de que se trata de un problema sobre todo de orden axiológico que, en derecho penal, pertenece al dominio de la política criminal. Por ejemplo, en la tradición jurídica francesa se admite que el juez interprete restrictivamente las leyes penales desfavorables y que nada le impide interpretar extensivamente las disposiciones favorables al inculcado⁸².

Si el fondo del problema concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el análisis realizado para distinguir entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. Es la razón de por qué solo nos hemos ocupado de este problema después de haber estudiado los otros aspectos de la interpretación.

El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se abandona la perspectiva tradicional de la interpretación. Sin embargo, si se quiere seguir practicando esta distinción, es indispensable precisar los criterios que permitan saber si la interpretación es restrictiva o extensiva. Generalmente, se toma como límite el texto legal. Cuando la interpretación no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto.

Esta concepción supone que el texto, punto de referencia escogido, sea un límite neto y seguro. Pero como ya lo hemos señalado, el texto no es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser precisado, y este es precisamente el papel de la interpretación.

Sin embargo, so pretexto de la imprecisión del lenguaje no se puede negar la realidad de la disposición legal. Un tal anarquismo normativo debe ser rechazado. Ya que, como lo afirma GADAMER, desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez —aun cuando aporta un elemento creador de derecho— está sometido a la ley como todo otro miembro de la comunidad jurídica. Dicho de otra manera, aun cuando el texto sea por naturaleza impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede abandonar. Considerando la especificidad del lenguaje, se puede denominar interpretación restrictiva aquella que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación. Por el contrario, la interpretación es llamada extensiva si además comprende el sentido del texto los casos situados en la zona marginal de la significación. Así, el intérprete permanece en el nivel del núcleo que permite identificar las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las "situaciones límites" mediante la determinación semántica necesaria⁸³ (interpretación extensiva).

El Tribunal Federal se refiere con frecuencia a las nociones de interpretación restrictiva o extensiva para calificar las soluciones adoptadas y justificar la forma de interpretación practicada. Pero los criterios utilizados para realizar la distinción

⁷⁹ RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *Systematische Kommentar*, § 1, n. 34.

⁸⁰ ATF 95, IV, 73/JdT 1969, IV, 82; el texto alemán de la sentencia es el siguiente: "Massgeblich ist nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern dessen Sinn, der sich namentlich aus den ihm zugrunde liegenden Zwecken und Wertungen ergibt, im Wortlaut jedoch unvollkommen ausgedrückt sein kann"; este texto es traducido de modo singular en el *Journal des Tribunaux*.

⁸¹ GRAVEN J., RPS 66, 1951, pág. 411; LOGOS/SANDOZ, PG, art. 1, n. 4.

⁸² STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, págs. 193 y ss.; PUECH, *Droit pénal*, págs. 101 y ss.

⁸³ OST/KERCHOVE, APD 27, 1982, pág. 399.

y para justificar la elección hecha no son siempre claros. A veces son el texto y el sentido de la ley los que "imponen una interpretación más restrictiva"⁸⁴, otras veces "son ante todo consideraciones de política criminal" que se oponen a la restricción del campo de aplicación de la disposición legal⁸⁵. Los criterios de los jueces federales para abandonar la letra de la ley por su espíritu no pueden ser, finalmente, comprendidos sino en la medida en que la noción de "letra" sea entendida como núcleo de significación del texto, mientras que las situaciones límites, ubicadas en la zona marginal de la significación, serían comprendidas por el llamado "espíritu de la ley".

Los criterios de la jurisprudencia son confusos no solo porque se descuida la naturaleza del lenguaje, sino igualmente en razón de la imprecisión reinante en la fijación de los límites de la interpretación. Se vuelve así de nuevo al problema del respeto del principio de la legalidad. Recordemos la posición del Tribunal Federal al respecto: el principio de legalidad solo prohíbe al juez "basarse sobre elementos que la ley no contiene; es decir, crear nuevos tipos legales o proponer una interpretación tan extensiva que el espíritu de la ley no sea más respetado"⁸⁶. Esto último sucede cuando el juez aplica a un caso concreto una disposición aplicable a otro caso por considerar que este último es similar al primero y que, en consecuencia, merece ser tratado de la misma manera. Aquí ya estamos en el terreno de la analogía.

Se trata, en buena cuenta, de determinar la manera como se concibe la interpretación y el papel que juega el intérprete. Si la interpretación no es un procedimiento rígido que culmina necesariamente en un resultado único (el verdadero sentido), el intérprete dispone de un margen de libertad que le permite inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos que pretende invocar como la manera de presentarlos⁸⁷. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho.

El intérprete precisa los límites de la interpretación en la medida que el legislador no logra hacerlo en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. Pero esto no significa de ninguna manera que goce de una libertad ilimitada, pues su decisión debe ser integrada en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones, que no pueden ser arbitrarias. Una cierta previsibilidad de las decisiones judiciales es así asegurada. Podemos entonces decir con HASSEMER: "sin embargo, la experiencia enseña que debe existir, al menos fácticamente, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo

versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La «dirección de la jurisprudencia» puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones"⁸⁸.

b) La analogía en derecho penal

La determinación de la noción de interpretación extensiva supone una doble delimitación: de un lado, en relación con la interpretación restrictiva y, de otro, con la libre búsqueda del derecho [*freie ergänzende Rechtsfindung*]. Esta última consiste en completar lagunas para regular situaciones para las que el derecho positivo no contiene ninguna norma aplicable. Según los criterios por nosotros admitidos, se trataría de casos que no caen ni en dominio del núcleo de significación del texto ni en el de la zona marginal. Dicho de otra manera, son casos que no tienen relación con el texto legal, punto de referencia y marco de toda interpretación.

En doctrina⁸⁹ se distingue este tipo de laguna, llamada *praeter legem*, de las lagunas *intra legem*. Estas se encuentran en "normas muy amplias que indican al juez la dirección general de la decisión a tomar, sin ser, sin embargo, lo suficientemente precisas para determinarla de manera plena"⁹⁰. Según GERMANN, las lagunas *intra legem* no se completan en el marco de la interpretación propiamente: pues estas lagunas necesitan, "fuera de la exégesis sistemática de los textos sobre la base de los valores al derecho positivo, una libre búsqueda complementaria *intra legem*... análoga a la libre búsqueda en el caso de lagunas *praeter legem*"⁹¹.

Nos parece que, una vez tomada en cuenta la naturaleza de la interpretación y del lenguaje, esta distinción es bastante artificial. Toda disposición legal constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada. La aplicación de una disposición implica necesariamente su concretización en relación con el caso *sub iudice*. Esta concretización se efectúa más fácilmente con respecto a los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto que con relación a los comprendidos en la zona marginal. Estos últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. Dicho de otra manera, la subsunción del hecho en la norma (tipo legal) no puede ser comprendido como la material adecuación del hecho al "molde legal" (plena identidad). Se trata más bien de un juicio de apreciación analógica, pues basta solo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia⁹². Esta similitud no se ubica solo en el terreno lógico o material, ya que se trata sobre todo de constatar la equivalencia a nivel normativo: juicio de valor que justifica someter el caso concreto al imperio de la norma aplicable al otro caso⁹³. Este razonamiento, por analogía, es propio de la interpretación⁹⁴.

⁸⁸ HASSEMER, *Rechtssystem*, pág. 83.

⁸⁹ NINO, *Introducción*, págs. 281 y ss.

⁹⁰ GERMANN, *Probleme*, pág. 389; cf. igualmente DESCHENAUX, *Le titre préliminaire*, págs. 91 y ss.

⁹¹ GERMANN, *Probleme*, pág. 389.

⁹² ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 180.

⁹³ LARENZ, *Methodenlehre*, pág. 256; MALINVERNI, *RIDPP* 31, 1988, pág. 379.

⁹⁴ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 178.

⁸⁴ ATF 100, IV, 222/JdT 1975, IV, 144.

⁸⁵ ATF 95, IV, 9/JdT 1969, IV, 51.

⁸⁶ ATF 103, IV, 129 s; ATF 95, IV, 73/JdT 1969, IV, 82; ATF 87, IV, 118/JdT 1962, IV, 13.

⁸⁷ MALINVERNI, *RIDPP* 31, 1988, pág. 377.

Constituye uno de sus medios. Esto es particularmente evidente si se piensa en los casos de "interpretación extensiva"⁹⁵. En este sentido ARTHUR KAUFMANN afirma que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación⁹⁶.

El criterio para distinguir la analogía de la interpretación o, si se prefiere, de la interpretación extensiva no se encuentra, en consecuencia, en el plano del procedimiento o del medio empleado. Este criterio no puede estar constituido por el texto legal en sí, pues este es un elemento impreciso hasta el momento en que la disposición es aplicada al caso concreto. Ahora bien, esta aplicación se realiza verificando si el caso concreto presenta elementos análogos a los que caracterizan el acto inculcado mediante la disposición legal de que se trate.

Entre lo que se denomina "interpretación" (extensiva) y lo que se llama "analogía" solo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta es buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida en que este es utilizado para determinar —mediante el juicio de valor propio del razonamiento analógico— que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún en el campo de la "interpretación". Por el contrario, se trata de "analogía" si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con base en la similitud de este caso con otro al que es aplicable aquella regla⁹⁷.

A pesar de estas explicaciones, no se puede descartar la idea de que los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía se basan en motivos metajurídicos o político-ideológicos y no en convincentes razones teóricas⁹⁸. Pero esto no significa que el intérprete (principalmente el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley no es simplemente una especie de proposición de diversas soluciones que el intérprete pueda ignorar a su antojo. Además, como ya lo hemos señalado, la aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios jurisprudenciales⁹⁹.

Dos ejemplos nos permitirán ver mejor el problema:

1) Matar dolosamente a una persona, según el art. 111, constituye un homicidio simple. Si la víctima se encuentra en estado comatoso profundo y el autor la priva de la vida vegetativa que le queda, se podría preguntar si su acto está o no comprendido por el art. 111. La noción de muerte clínica permite responder negativamente, pero se puede admitir que este caso está comprendido en la zona marginal del vocablo "persona"

⁹⁵ GERMANN, *Grundfragen*, pág. 121; *Kommentar*, pf. 12, núm. 5; STRATENWERTH, *AT*, pf. 4, núms. 32 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, pág. 255; WAHLINGER, *FJS* 1192, pág. 7.

⁹⁶ KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, pág. 277; cf. ZELLER, *Auslegung*, pf. 9, núm. 8, quien critica la terminología utilizada por KAUFMANN.

⁹⁷ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 197.

⁹⁸ ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 197.

⁹⁹ HÖPFEL (*JurBl* 101, 1979, pág. 579) y HASSEMER (*Rechtssystem*, pág. 83) llegan a afirmar que el límite es fijado por el intérprete. Ver además: HASSEMER, *Rechtssystem*, pág. 83; STRATENWERTH, *Auslegungstheorien*, págs. 271 y ss.; cf. LARENZ, *Die Bindung*, pág. 309.

y, en consecuencia, de la disposición legal citada. Por el contrario, no se podría considerar la disolución de una persona jurídica como un caso límite comprendido en esa zona marginal.

2) En el dominio de las infracciones contra el patrimonio, el término "cosa" utilizado en el art. 141 comprende o no los créditos bancarios o, más bien, debe ser entendido como "objeto corporal". El Tribunal Federal ha afirmado, en una decisión aislada¹⁰⁰, que comete la infracción reprimida por el art. 141, quien dispone de un crédito que ha sido erróneamente inscrito en su favor. En cuanto a los hechos, los jueces federales han estimado que "del punto de vista económico, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago al contado"; en cuanto al derecho, ellos aceptaron que "aun la deducción por analogía es admisible" en el marco de una interpretación extensiva¹⁰¹.

Esta última decisión ha sido fuertemente criticada¹⁰². Los argumentos esgrimidos muestran bien que no es el texto legal el elemento decisivo para determinar hasta dónde puede ir el intérprete, ni para diferenciar la interpretación extensiva de la creación por parte del juez de una nueva infracción.

Frente a esta realidad, la prohibición de la analogía en derecho penal puede ser considerada de diferentes maneras. Si se trata de afirmar, en el sentido del positivismo formal, que el texto legal constituye el límite para separar la analogía de la interpretación, es de admitir que esta prohibición es una leyenda. En la doctrina, el criterio mayoritario considera que la prohibición de la analogía, en derecho penal, no puede ser respetado de manera absoluta¹⁰³. Por el contrario, si se acepta que la interpretación es un procedimiento condicionado por la precomprensión y el preconocimiento del intérprete, llevado a cabo mediante los diversos medios entre los que figura la analogía, se debe admitir la idea de que la prohibición de la analogía permanece como pilar fundamental del derecho penal¹⁰⁴. Se trata de un argumento esencial para obligar al juez a justificar de manera especial toda extensión de la ley¹⁰⁵ desfavorable al procesado, sin refugiarse en la cómoda afirmación de que se trata solo de una interpretación¹⁰⁶. Obligación complementaria a aquella impuesta al legislador para que describa en la ley el acto inculcado de la manera más precisa y menos ambigua. En este aspecto el juez deberá tomar particularmente

¹⁰⁰ ATF 87, IV, págs. 115 y ss./JdT 1962, IV, págs. 11 y ss.

¹⁰¹ ATF 87, IV, 118 y ss./JdT 1962, IV, págs. 11 y ss.

¹⁰² GERMANN, *RPS* 78, 1962, pág. 410; SCHUBARTH, *Die Systematik*, pág. 18; STRATENWERTH, *BT* 1, pf. 8, núm. 4; SCHWANDER, *Strafgesetzbuch*, núms. 533a, 548b.

¹⁰³ PRIESTER, "Analogieverbot", in H. J. KOCH (editor), *Juristische methodenlehre und analytische Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976, pág. 66; JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 106; NAUCKE, *Einführung*, pág. 79; ZACCARIA, *Interpretazione*, pág. 200.

¹⁰⁴ HASSEMER, *Einführung*, pág. 256.

¹⁰⁵ Siempre que no se trate de una interpretación extensiva "unzulässig übertrieben"; cf. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, pág. 164.

¹⁰⁶ KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, pág. 68.

en consideración los criterios de "subsidiariedad y de proporcionalidad que rigen la protección del orden social mediante el medio radical del derecho penal"¹⁰⁷.

4. CONCLUSIÓN

De las ideas expuestas y de la manera como han sido desarrolladas, se comprende fácilmente que el objetivo del presente análisis no es el de presentar una concepción nueva sobre la interpretación. Se ha tratado más bien de explicar, de modo transparente y considerando hechos que nos parecen evidentes, el proceso de aplicación de la ley. A modo de resumen, señalemos:

1. El papel creador del juez está implícito en todo proceso de aplicación e interpretación del derecho. Para comprender la adecuación de la ley a los cambios sociales, no es indispensable recurrir a criterios metafísicos (por ejemplo, el espíritu de la ley, el fin, la *ratio*). Esta adaptación de la ley a la realidad constituye el efecto inmediato de la dinámica propia del condicionamiento recíproco existente entre la ley y los hechos.

2. La aplicación del derecho implica, además de un aspecto lógico, un elemento de poder que supone el compromiso personal del intérprete poseedor de un bagaje específico de conocimientos y de criterios axiológicos. Este proceso no puede ser reducido únicamente a su dimensión lógica, ya que la determinación de los elementos del silogismo judicial, en particular de la premisa mayor (la ley), no concluye necesariamente a un solo resultado. Es corriente, por el contrario, que se llegue a establecer diversos "sentidos posibles" de la ley. Esto se debe a la estructura propia del tipo legal (pensado como "tipo" y no como definición o concepto), al carácter abstracto y general de la norma, a la naturaleza equívoca, vaga y polisémica del lenguaje y a la evolución constante de la realidad que se busca regular.

3. El "verdadero sentido" o el "sentido justo" de la ley no puede ser justificado como si fuera el resultado de un proceso objetivo, neutro, recorrido con la ayuda de los métodos de la interpretación. Estos métodos no están jerarquizados de modo que su aplicación se haga en un orden progresivo y obligatorio. La prioridad dada a uno u otro método depende de las preferencias ideológicas del intérprete de acuerdo con los criterios que inspiran el sistema social y, en particular, el orden jurídico. Estas preferencias no conducen fatalmente a decisiones arbitrarias, en la medida en que el intérprete, el juez en especial, debe argumentar convenientemente la justificación de su elección. Esta debe ser percibida por las personas como una solución justa y oportuna. Es quizás en este punto de la argumentación en el que se deben buscar los elementos que hagan posible asegurar mejor los límites del poder estatal.

4. La interpretación es siempre la misma en los diferentes dominios del derecho. Es sin embargo comprensible que los fines propios del derecho penal y sus medios de coerción (privación y restricción de derechos fundamentales) condicionen substancialmente la aplicación y la interpretación de la ley. El hecho de tener en cuenta estos elementos y el análisis que se haga de ellos deben ser expuestos y discutidos abiertamente por el intérprete y los críticos de su trabajo. Este es justamente el objetivo y la función de la teoría de la argumentación cuyo estudio, entre los penalistas, esta actualmente muy descuidado.

¹⁰⁷ GRAVEN, *Note*, pág.-165; HASSEMER, *Einführung*, pág. 257.

Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992

Emiliano Borja Jiménez*

El principio de culpabilidad, como principio básico que informa al conjunto del ordenamiento juridicopenal, suele venir enunciado por la doctrina científica como un juicio de reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico¹. A pesar de que no existe una expresa proclamación constitucional, se ha sobreentendido, sin grandes disidencias, que dicho principio se puede extraer del propio art. 10 de la Constitución española,

¹ Esta formulación clásica y normativa del principio de culpabilidad ha sido mantenida por un importante sector de la doctrina española: MANUEL COBO DEL ROSAL-TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 407; JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 41; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, 14ª ed., puesta al día por ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1990, pág. 432; ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, "Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad", en *ADPCP*, 1951, págs. 534 y ss.

Sin embargo, otro importante sector doctrinal ha rechazado esta concepción del principio de culpabilidad. A este respecto, y desde puntos de vista diferentes, SANTIAGO MIR PUIG, en *Notas al Tratado de derecho penal de Jescheck*, t. 1, Barcelona, 1981, págs. 584 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, págs. 69 y ss.; del mismo, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1980, págs. 146 y ss.; JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 2ª ed., Barcelona, 1977, págs. 35 y ss.; ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal, parte general*, Madrid, 1990, pág. 173; JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general*, Madrid, 1984, pág. 451; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989, págs. 120 y ss.

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valencia