

Director: Dr. MANUEL COMESANA

"Interpretación y Derecho Penal"

Por Alexis Leonel Simaz

2010

"El auténtico peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!" (Hans Welzel, 1.997: 27)

"Todas las nuevas leyes, a pesar de que se formulan con la mayor habilidad técnica y de que son aprobadas después de una amplia y madura deliberación, se consideran más o menos equívocas y oscuras hasta que su significación se depura y se fija mediante una serie de discusiones y resoluciones judiciales en casos concretos" (James Madison, El Federalista, núm. 37, 11/01/1.788)

Servicio de Información Documental
Dra. Liliana B. De Boshi
Fac. Humanidades
UNMDP

AGRADECIMIENTOS

Agradezco enormemente por la paciencia y las lúcidas ideas y explicaciones que me han brindado quienes han tenido la amabilidad de dirigir este trabajo, los profesores Manuel Comesaña y Jorge L. Rodríguez. Por supuesto que las inconsistencias que puede presentar esta tesina se deben exclusivamente a errores o falta de comprensión del autor.

ACLARACION PREVIA

Se ha utilizado el sistema autor-año para evitar numerosas citas a pie de página y darle un mayor dinamismo al texto. Sin embargo, en los casos estrictamente necesarios -como una discusión crítica o una determinada explicación-, se ha hecho la correspondiente referencia al pie.

Al final de la tesis se transcribe tanto la bibliografía citada como la consultada.

HIPOTESIS DE TRABAJO

La presente investigación tiene por objeto tratar de determinar si en la interpretación del derecho penal sustantivo rige siempre la más restrictiva para el imputado o, en otras palabras, si frente a una norma que tiene diversas opciones interpretativas -entre las cuáles no es posible determinar la preeminencia de una sobre otras- es obligatorio para el juez elegir la más restrictiva de la punibilidad.

Por ejemplo, al aplicar la figura del delito de robo con armas (art. 166 inc. 2º del Cód. Penal) la doctrina y la jurisprudencia argentinas han sido bastante pacíficas en distinguir entre armas propias (aquellas que de por sí están destinadas a dañar, como un revólver o una ballesta) e impropias (las que, no obstante no estar destinadas a ofender, pueden en una situación concreta funcionar como tales, como una tijera, un destornillador o una piedra). Si sostuviéramos que prima la interpretación restrictiva, para la ley sólo serían "*armas*" las propias, mientras que si dijéramos que también es posible una interpretación extensiva, se incluirían a las impropias, aunque quedaría latente el problema de deslindar esta última de la analogía, pues la utilización de una bufanda o un cable ¿sería también un arma?

Para ello resulta imprescindible analizar exhaustivamente el principio de legalidad, sus consecuencias y derivaciones; y, paralelamente, delinear en sus aspectos básicos una teoría de la interpretación jurídica penal, con especial referencia a la problemática penal y a su compatibilidad con la Carta Magna.

Esto nos lleva inevitablemente a abordar, al menos sucintamente, algunas cuestiones vinculadas a la indeterminación del derecho, como problemas lingüísticos, lógicos y hasta valorativos, y especialmente hasta qué punto es tolerable en un Estado Democrático de Derecho cierto grado de indeterminación en la descripción de las figuras penales.

No vamos a realizar ningún análisis respecto cuestiones vinculadas a los hechos. Tampoco es nuestra pretensión formular una teoría completa de la interpretación jurídica. Sólo trataremos de focalizarnos en los aspectos básicos de una teoría interpretativa de la ley, dado que parece tener singular importancia en ella el principio de legalidad, que funcionaria, al menos de modo parcial, como clausura del sistema, lo que la diferencia de la interpretación en otras ramas del derecho. Asimismo, y como explicitaremos más adelante,

abordaremos la interpretación del derecho penal, de su fuente principal que es la ley, y esencialmente desde la perspectiva del juez.

La tesis se divide en dos grandes temas: el principio de legalidad y la interpretación "*lato sensu*" del derecho, adelantando que intentaremos fundamentar la posibilidad de una interpretación extensiva dentro del menú de opciones, esforzándonos por distinguirla de la analogía.

SECCION PRIMERA:
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

[5]

TITULO I: UBICACION HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SITUACION ACTUAL

Para Jerome Hall (1959:809) debe hacerse una distinción en cuanto al principio de legalidad entendido como presupuesto lógico de todo sistema jurídico y sus significados en particular cuando se lo interpreta como hecho histórico. En el primer sentido — explica— debe considerarse "derecho" toda orden del Estado y todo lo que los funcionarios estatales hagan en cumplimiento de ella. En este enfoque, el principio de legalidad estaría presente aún cuando hubiera una única ley omnicomprendiva. Pero, según el autor, el principio de legalidad significa mucho más que ello y su sentido sólo podría ser descubierto refiriéndose a su funcionamiento como una idea definida en la historia jurídica. En este sentido, agrega, el principio consiste en la limitación en la aplicación de las penas por parte de los funcionarios, lo cual se logra mediante la exigencia de que se establezcan y apliquen normas específicas.

Más adelante (1959:810) refiere que los delitos extraordinarios de la jurisprudencia romana indicaban una discrecionalidad judicial casi ilimitada, pero parejamente con los "*judicia extraordinaria*" pueden hallarse numerosas disposiciones que fijaban tanto el delito como la pena. También hay evidencias de que las penas instituidas podían ser disminuidas pero no aumentadas, y que durante largos períodos era necesario ajustarse estrictamente a las penalidades prescriptas. Nos ilustra el autor que durante el período de Sila se aplicó rigurosamente este principio, estableciéndose que para algunos delitos la acción criminal y la pena debían estar cuidadosamente descriptas en la ley en que se fundaba la acusación, e incluso que en dicha etapa fue expresamente reconocido el principio de legalidad. Durante el reinado de Augusto varias leyes penales fueron declaradas no retroactivas. De ello concluye que el "*Nullum crimen sine lege*" prevaleció durante largos periodos en el derecho romano.

También menciona que en la Edad Media la doctrina de la supremacía del derecho se encontraba hondamente arraigada, a punto tal que se sostenía que poseía el mismo rango del Estado, y que no necesitaba de éste para su existencia, lo cual recién fue puesto a prueba con el nacimiento del Estado Moderno.

Ya analizando la legislación inglesa, Hall refiere que el principio aparece con la

promulgación de la Carta de Enrique V y fue reiterado en la Constitución de Clarendon, que a su entender iba muy por adelante del Continente en la labor de imponer el derecho por encima del gobierno. Tan es así que el Código Prusiano de 1721 disponía que los delitos no enumerados en el Código ni prohibidos por la Ley Imperial debían ser juzgados "*ex aequo et bono*", excepto los casos más difíciles que debían ser juzgados por el rey. Asimismo, el Código Bávaro establecía que los casos no previstos debían ser resueltos "*ex aequitate et analogia juris*". Con el Código de José II (1787) ingresó la prohibición de la legislación judicial por vez primera en el continente.¹ En la Declaración de los Derechos del Hombre (aparentemente inspirada de la Declaración de Virginia) se estableció esta salvaguardia constitucional básica del individuo contra el gobierno opresor, y se consagró el principio de legalidad como principio cardinal del derecho penal. Así aparece también consagrado en el Código Penal Francés de 1810 y en el Código Penal Bávaro de 1813 redactado por Feuerbach, a quien se le atribuye la formulación del principio en su forma corriente: "*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*". Concluye Hall (1959:813) que su integración con el liberalismo político fue bastante simple: si sólo aquél que viola la libertad garantizada por el contrato social y protegida por el derecho penal comete un delito, los futuros delincuentes no pueden ser conocidos con anterioridad al delito y obligados a sufrir compulsión física.

Desde otra óptica, Cabral (1958:17 y ss.) -luego de analizar pormenorizadamente los diferentes períodos en el derecho romano-, expone que en él no se formuló, ni por lo tanto se respetó, el principio de legalidad; preguntándose cuáles habrían sido las razones determinantes de que un pueblo con tanta vocación jurídica permaneciera en el campo del derecho penal sustantivo librado a lo que para el modo de sentir actual constituye poco menos que el reinado de la arbitrariedad. Acudiendo a palabras de Carrara, menciona que los romanos fueron gigantes en derecho civil y pigmeos en derecho penal, y que el espíritu de justicia y equidad no estuvo presente en la concepción penal romana, probablemente como consecuencia de la falta de códigos completos y sistematizados. Ello sí se materializó en el derecho procesal, pues los romanos, más que a definir crímenes, se dedicaron a fijar normas procesales y organismos de juzgamiento.

¹ Aunque Jiménez de Asúa cita como antecedentes ilustres a la Declaración Francesa de 1.789 y al art. 62 de la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1.786 para su principado (1.964:387).

Sin embargo, nos advierte el autor que existe quizás una más profunda razón que explica ese aparente desprecio de la libertad individual, y que atañe a la idea que se tenía de la relación del Estado con el ciudadano, en el sentido de que el ciudadano antiguo pertenecía al Estado con todo aquello que poseía, sin necesidad de ley para saber de qué modo debía conducirse en la vida pública. Con cita de Carl Schmitt muestra que el Estado antiguo no reconocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera de acción privada con un derecho independiente frente a la comunidad política de su pueblo y Estado. Toda la vida espiritual del ciudadano antiguo estaba monopolizada por el Estado. Recién con la llegada del Cristianismo se destruyó esa concepción totalitaria, pues la religión dejó de ser patrimonio del Estado e incluso constituyó una fuerza que se oponía a sus avances, rompiéndose así la unidad hombre-ciudadano (Cabral, 1958:31).

La caída del Imperio Romano (año 476) señaló el advenimiento de los bárbaros al escenario político de Occidente y el comienzo de la Edad Media, que culminó con el Renacimiento, desembocando en el sistema de nacionalidades y Estados europeos (Cabral, 1958: 33 y ss.). El autor marca tres concepciones vitales que en esta etapa toman contacto entre sí luchando por su predominio, aunque sufriendo todas ellas influencias de las demás: *i.)* la germánica, con su tendencia individualista e independiente, germen del feudalismo; *ii.)* la de la Iglesia de Cristo, alma de los nuevos tiempos y *iii.)* la de la Roma Imperial, que mantuvo latente el sueño de la monarquía universal. Ninguna de estas tres concepciones implicó el respeto del principio de legalidad.

Más adelante expone Cabral (1958:43 y ss.) que fue en la Edad Media cuando se libró la batalla entre el derecho penal público y el derecho penal privado, consolidándose el primero recién con el advenimiento de las monarquías absolutas, aunque ya apareciera con caracteres definidos en las ciudades italianas, pero hasta en ellas es dable observar la persistencia del derecho de venganza reconocido en los Estatutos de la Alta Edad Media.

En esta época destaca Cabral (1958:45/8):

a.) Las leyes bárbaras escritas: en ellas se optó por acentuar en materia de delitos privados la obligatoriedad de la composición;

b.) Las Capitulares de Carlomagno: salvo en los casos de delitos de lesa majestad, traición y algunos casos graves de homicidios y robos, en los que se imponían verdaderas penas, en los restantes supuestos de limitaban a fijar el precio de la composición,

siendo también absolutamente extraño a esta concepción jurídica el principio de legalidad en el sentido actual;

c.) **La Carta Magna inglesa:** paralelamente al desarrollo del feudalismo comenzó en Europa el reinado de la costumbre como fuente del derecho penal. Sin embargo, el autor pone en tela de juicio que el mentado documento haya sido una conquista de la Nación inglesa entera, ya que no es una opinión aislada quienes la consideran como una simple reacción de los barones contra los avances del poder real que amenazaba con destruir sus privilegios.

Su art. 39 establecía que: *"Ningún hombre libre será detenido, encarcelado, desposeído, puesto fuera de la ley, desterrado o arruinado de ningún modo, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, sino es en virtud de un juicio legal por sus pares o según la ley de la tierra"*.

Nos aclara Cabral (1958:50) que el juicio por pares no era una novedad, pues ya se encontraba en la base de todas las leyes germánicas, y la fórmula aquí empleada fue probablemente tomada de las leyes de los reyes francos y sajones. En cuanto al origen de la expresión *"vel per legem terrae"* (según la ley de la tierra), se ha dicho que sólo hacía referencia al viejo procedimiento feudal por batalla, compurgación y ordalía, pues es indudable que la ley de la tierra no podía ser sino la costumbre, principal fuente de derecho en la Edad Media. Por otra parte, también señala que se hace un simple juego de palabras cuando se alega que bajo el término *"lex"* en el derecho inglés está también comprendido el derecho consuetudinario, pues consistiendo lo esencial del principio de legalidad en la exclusión de este último y en la marcada acentuación del derecho legal, no se puede sostener que el principio proviene del derecho inglés. La nobleza inglesa de entonces no tenía en absoluto idea de lo que era la ley en el sentido actual. Como explica Carl Schmitt, se citan como primera Declaración de Derechos Fundamentales a la Carta Magna de 1215, al Acta de Habeas Corpus de 1679 y al Bill of Rights de 1688, pero en realidad se trataría de regulaciones contractuales o legales de los barones o burgueses ingleses, que si bien habrían tomado el carácter de modernos principios, no habrían tenido originariamente el sentido de derechos fundamentales (cfr. Cabral, 1958:51/2). Por otra parte nos explica el autor que en Francia reinaban las costumbres locales en materia penal, a punto tal que, dada la falta de certeza, Carlos VII promulgó en el año 1453 una Ordenanza obligando a redactarlas por escrito.

Similar situación se daba con los estatutos de las ciudades y comunas italianas, que estaban llenos de ejemplos de reenvío al derecho consuetudinario. En España, pese a la gran influencia de Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1256/65), en ella no se contemplaba el principio de legalidad, por lo que puede decirse que en la Europa Feudal las costumbres locales fueron una de las principales fuentes del derecho penal (cfr. en detalle Cabral, 1958:53/7).

Ya en la Edad Moderna Cabral (1958:59/64) señala como hitos fundamentales: *i.) La Carolina* (*Constitutio Criminalis Carolina*, 1532), que reconocía como antecedente directo la *Constitutio Criminalis Bambergensi* de 1507, radicando su importancia en que con ella se asentó en forma definitiva el poder punitivo del Estado, aunque no implicó un adelanto en cuanto al reconocimiento del principio de legalidad ya que los arts. 104/5 admitían la aplicación analógica de la ley penal, y *b.) El derecho penal del Estado absoluto*, que no reconoció el *nullum crimen sine lege*, constituyendo una prueba de ello el que el documento más importante de la monarquía absoluta (la Ordenanza Criminal de 1670) sólo contemplaba disposiciones penales dispersas o desordenadamente tratadas, siendo su contenido mayormente procesal. Incluso, como bien señala Cabral, existían alrededor de trece fuentes distintas de derecho penal, las que frecuentemente no estaban de acuerdo entre sí. Nos ilustra Cabral (1958:65/73) que el Renacimiento revela haber sido un arma de doble filo, porque a través de él se plasmó la concepción de la monarquía absoluta, pero también en él se comenzaron a abrir las ilimitadas posibilidades de actuación del individuo. A partir de allí no puede concebirse el Estado como omnipotente, pues ante todo está el individuo que voluntaria y originariamente se ha despojado de una parte de su libertad natural para contribuir a la formación del contrato social, pero conservando ciertos derechos naturales e inalienables, cuyo aseguramiento y respeto constituyen la finalidad del Estado. Nace así el Estado de Derecho, asentado sobre el respeto a las garantías fundamentales y la división de poderes, de lo cual deriva el señorío de la ley. El autor expresa que sólo puede considerarse legítimo señalar como origen de determinado principio jurídico aquel momento en el cual se lo ve actuar con la fuerza y el sentido de tal en un sistema dado de ideas, y sólo la filosofía política del siglo XVIII satisface las condiciones propuestas con relación al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Anteriormente, el principio de legalidad no sólo no rigió, sino que aún en el hipotético caso de que alguien lo haya respetado, podía a continuación impunemente

abandonarlo sin que ello resintiera el mecanismo de la organización social, pues se hallaban ausentes presupuestos culturales, jurídicos y políticos necesarios para su vigencia.

A lo expuesto agrega Porto (1952:26/7) que el principio fue sancionado en la *Petitions of Rights* y en la Constitución Norteamericana. En Europa había sido sostenido por Farinaccio y otros jurisconsultos, y adquirió vigencia por primera vez en la *Josephina* austríaca (1787), y luego con los arts. 5 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1789),² para incorporarse posteriormente en las Constituciones francesas de 1791 (art. 8) y 1793 (art. 14), y a la gran mayoría de las Constituciones y Códigos Penales de los Estados.

Por su parte, Jiménez de Asúa (1964:383/5), apoyándose en Schottländer, expresa que a pesar de su formulación latina el principio de legalidad no tiene origen romano, sino que surge con universalidad como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, aunque tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media, cuando el hombre aspiró a la seguridad. El tratadista piensa que aunque el principio pueda tener algún parentesco con el derecho romano, como el que Hall le atribuye, este respondería a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no se podría localizar allí su verdadero origen. Con cita de Vassalli arguye que en el derecho romano es necesario distinguir entre dos actividades del poder público: aquella que se manifiesta con penas propiamente dichas (*poenas*), que es la verdadera o propia actividad punitiva (*iurisdictio*); y la *coertio*, que se expresaba especialmente en *multae*, y que era una actividad de policía con fines fundamentalmente preventivos. Ya a comienzos del siglo II a.C. se estableció el procedimiento penal mediante las *quaestiones*, siendo instituidos los jurados junto al juez, y asignándoles competencia sobre figuras delictivas bien determinadas, sobre todo bajo el régimen de Sila (*quaestiones perpetuae*), prohibiéndose la analogía e imponiéndose el *nullum crimen sine lege*. No obstante, y a pesar del aumento de las figuras delictivas desde la época de Sila hasta la de Augusto, el sistema de las *quaestiones* no bastaba dada su rigidez y el escaso número de las figuras tipificadas, por lo que con todos los hechos que quedaban fuera de ellas se recurría a la *coertio*, función que se desarrollaba *extra legem* y que implicaba fines represivos. Por otro lado, Augusto creó un nuevo procedimiento penal que tenía competencia en todos los delitos

² "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede impedirse y nadie está obligado a hacer lo que ella no ordena" (art. 5).

y jurisdicciones y sobre todos los súbitos del Imperio (consulo-senatorio) y, de esta forma, se podían imponer penas a actos no prohibidos en las leyes penales, e incluso el Senado las podía aumentar o disminuir a su arbitrio. Además de este tribunal consulo-senatorio, existía un tribunal extraordinario imperial que podía penar sin que la punibilidad estuviera prevista por la ley, creándose así una *nova cognitio, extra ordinem*, enteramente fuera del procedimiento ordinario y no vinculada a las leyes. Ya en época de Diocleciano el procedimiento ordinario de las *quaestiones* fue suprimido, y se fue acentuando el poder de los Emperadores como verdaderos creadores del derecho. Concluye entonces Jiménez de Asúa que si se tiene en cuenta el completo desenvolvimiento del derecho romano, el procedimiento ordinario por *quaestiones* constituyó una ínfima parte de dicho desenvolvimiento, encontrándose en su mayor parte, no sólo permitida la interpretación extensiva sino también la analogía. Reconocieron expresamente el principio de legalidad las Constituciones de Filadelfia (1774), la de Virginia (1776) y la de Maryland (1776).

Roxin (1997:141/2) refiere que tanto el Derecho romano como el medieval románico prevenían ya en cierta medida la prohibición de retroactividad, aunque era usual castigar conforme al derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. Por otra parte, la arbitrariedad e inseguridad jurídica que reinaba a finales de la Edad Media preparó el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVII y del siglo XVIII, que hizo posible la época de las codificaciones. Sin embargo, no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino más bien darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces, para lo cual era necesario regular las leyes de manera exacta. Ello coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, tendientes a la autolimitación del poder estatal, que se impusieron ampliamente en las obras legislativas posteriores.

Jescheck (1993:117) encuentra el fundamento histórico del principio de legalidad en la teoría de la Ilustración sobre el contrato social, de lo que infiere que tiene un origen político y no jurídicopenal.

Para Welzel (1997:23/4) tampoco es un principio que provenga del derecho romano, pues fue totalmente ajeno a la época imperial y al derecho de Justiniano. También fue desconocido por el derecho germánico, en el que se podía castigar conforme al derecho

"La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en

consuetudinario, lo cual rigió, asimismo, para la Magna Carta de 1215. Por otra parte, el ordenamiento penal judicial de Carlos V ligó al juez, por principio, a la ley, pero permitió con ciertas reservas una punición extralegal. Sólo en la época de la Ilustración se impuso este principio en la lucha contra la arbitrariedad judicial y la autoridad.

Mir Puig (2004:115) sitúa el origen del principio en sentido moderno en la teoría ilustrada del contrato social, lo que presupone una organización política basada en la división de poderes, en la cual la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Para él el principio de legalidad no sólo es una exigencia de seguridad jurídica, sino una garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

En la misma línea, Eser y Burkhard (1995:50) encuentran su origen en la Ilustración y su fundamentación latina en Feuerbach, apoyado en la idea de la prevención general, según la cual una norma penal puede resultar más eficaz en la medida en que el supuesto de hecho típico y su pena estén precisamente determinados.

Bustos Ramírez (1994: 133/4) entiende que si bien el principio de legalidad tiene antecedentes antiguos, su mayor desarrollo se produce en el siglo XVIII.

Stratenwerth (1976:28/9) menciona como antecedente más remoto a Cicerón (*In Verrem*, II, 42) quien sostenía que un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo ni legalmente delictual ni reprochable, no podía merecer ninguna consecuencia jurídica negativa, pues resulta admisible sancionar con posterioridad un comportamiento prohibido por la ética social, pero no establecer por medio de una sanción ulterior la prohibición de un comportamiento que no tenía ese carácter. Sin embargo, más adelante aclara que sólo a partir de las discusiones en torno al absolutismo surgió una concepción nueva, ya que el Iluminismo entendió como insoportable que el poder estatal pudiera penar acciones que en el momento de su ejecución eran impunes, aunque el comportamiento en cuestión estuviera prohibido por los usos y costumbres.

En sentido concordante con quienes sitúan al origen principio de legalidad en la Ilustración se encuentran Antolisei (1988:45); Bacigalupo (1996:40); Cobo del Rosal y Vives Antón (1996:62); Donna (2001a:9/10); Ferrajoli (1998:382/5); Hassemer (1984:311); Jaén Vallejo (1999:19); Luzón Peña (1996:131/2); Maggiore (1954:138/9); Maurach

virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada"(art. 8).

(1994:161); Mezger (1989:63); Muñoz Conde y García Arán (1996:100); Nuñez (1959:93); Ouviaña (1964:551/2); Quintero Olivares (1992:37) y Rodríguez Mourullo (1978:58/9), entre otros.

En diferente sentido, encontrando algún vestigio en la Carta Magna inglesa de 1215, se expresan algunos autores, aunque con diferentes matices entre sí, como: Argibay Molina y otros (1972:100); Fontán Balestra (1980:227); Herrera (1997:282); Soler (1999:135/6) y Terán Lomas (1980:112); aunque no desconocen que llega a nosotros a través de la Constitución Americana y la Declaración Francesa.

En general puede decirse que las principales influencias filosóficas de la incorporación del principio a la legislación han provenido de los escritores del Iluminismo, especialmente de Montesquie (*Del espíritu de las leyes*), Beccaria (*De los delitos y las penas*), Locke (*Ensayo sobre el gobierno civil*) y Feuerbach (*Libro de estudio*).

Conforme a ello, el sustrato histórico del principio de legalidad recae sobre la teoría del contrato social, de lo que se infiere que el principio tiene un origen político y no jurídicopenal; y, a su vez, presupone una organización política basada en la división de poderes, en la cual la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo.³

No obstante, existen excepciones actuales a la vigencia del principio, entre las que cabe mencionar al Código Penal Danés de 1930, en la medida en que permite la punición por analogía; la legislación rusa posterior a 1917 (y anterior a 1989), que lo abolió; la china, aunque el único órgano de aplicación es el Tribunal Supremo, y la ley complementaria alemana de 1935 (vigente hasta la caída del régimen nazi), que posibilitaba, junto a la punición legal, una extralegal de acuerdo al "*sano sentimiento del pueblo*".⁴

En nuestro derecho fue reconocido por el art. 1º (Cap. I) del Estatuto Provisional de 1815, y adquirió vigencia definitiva con la Constitución Nacional de 1853, que en su art. 18 dispone que: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*", el que es complementado por el art. 19 que dispone que: "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*". Tampoco se puede dejar de mencionar el art. 1 que

³ Sin embargo, nada impediría que en un sistema político que no respete la división de poderes se fije como límite el principio de legalidad sobre la base de consideraciones preventivo-generales.

⁴ Cfr. en sentido amplio Porto (1.952:29/33). Caso curioso nos depara la ley 14.034 (B.O. 30/7/1.951) que establece en su art. 1 que: "*Será reprimido con prisión de cinco a veinticinco años e inhabilitación especial*

establece para el gobierno de la Nación la forma representativa, republicana y federal. Sobre su fuente directa se discute si es la Constitución americana o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁵

El Código Penal argentino vigente no lo regula expresamente,⁶ quizás por resultar obvio, pero no sólo está consagrado por los arts. 18/9 de la Constitución Nacional, sino también -a partir del año 1994 y por imperio del inc. 22 del art. 75 de la Carta Magna-, en los Tratados Internacionales que integran un mismo bloque de constitucionalidad.

Así lo reconocen y plasman expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos (Res. 217 A (III) de la Asamblea General de la Naciones Unidas del 10-12-48);⁷ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, EEUU, 19-12-66, aprobado por la República Argentina según ley 23.313);⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 22-11-69, aprobado por la República Argentina según ley 23.054).⁹

También es regulado por el art. 7, I, 1 y 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4/11/1950; por el art. 99 del Convenio de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra del 12/8/1949 y por el art. 65 del Convenio de Ginebra del para la Protección de Personal Civil en Tiempos de Guerra del 12/8/49.

absoluta y perpetua, el argentino que por cualquier medio propiciare la aplicación de sanciones políticas o económicas contra el Estado Argentino", y que conserva su vigencia en la actualidad.

⁵ Cfr. con mayor detalle Zarini (2.003:15).

⁶ Sí lo menciona el actual Anteproyecto de Código Penal para la Nación Argentina (art. 1 inc. a.).

⁷ Art. 11,2: "...Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito...".

⁸ Art. 15: "...1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicación en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello..." "... 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional...". Reserva formulada en el acto de adhesión por la República Argentina, ley 23.313, 4: "...El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional...".

⁹ Art. 9: "...Principio de legalidad y de retroactividad - Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...".

TITULO II: DEFINICION Y FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En la actualidad suele decirse que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho penal sino *del* Derecho penal, es decir, que todo ordenamiento jurídico debe disponer medios adecuados para la prevención del delito, y también para imponer límites al empleo de la potestad punitiva (*ius puniendi*), ello para que el individuo no quede a merced de una intervención excesiva o arbitraria del Estado.

Para tal fin existen diferentes instrumentos de protección, como el principio de culpabilidad, el de proporcionalidad, el de lesividad, el de intrascendencia, el de la prohibición de la doble punición, entre otros, y, primordialmente, el principio de legalidad, que tiende a evitar una punición arbitraria, no calculable sin ley o basada en una ley retroactiva o imprecisa (Roxin, 1997: 137). Desde esta óptica el principio opera como una garantía política para el ciudadano, en cuanto no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

Si bien nuestro derecho interno consagra el principio en el art. 18 de la Constitución Nacional, complementado por el principio de reserva en el artículo siguiente, si se compara el texto constitucional con el alcance que la doctrina otorga al principio de legalidad veremos que su formulación legal resulta un tanto estrecha, sobre todo si tenemos en cuenta los alcances que pacíficamente se le suelen asignar a este principio.¹⁰

Es necesario entonces hacer un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales, como también un examen de su fundamento, aunque resulta difícil encontrar una justificación autónoma.

Según Jakobs (1997:79/80), en la actualidad se le asignan al principio diferentes funciones. Por un lado, se dice que se especifica al **principio de culpabilidad**, puesto que sólo cabe hablar de una "*decisión defectuosa consciente, o reprochablemente inconsciente*", cuando "*en el momento del hecho ya ha estado presente su punto orientador: la ley penal que especifica el tipo de injusto*". En ese sentido, se piensa que la culpabilidad presupone el conocimiento de la norma legal infringida o, al menos, su posibilidad, lo que requiere la previa incriminación legal del hecho (cfr. Bacigalupo, 1999a: 47; Jakobs, 1997: 81). Sin

¹⁰ Ver título siguiente.

embargo -aclara Jakobs-, no se puede explicar ni por qué la determinación ha de producirse legalmente, ni por qué tiene que abarcar la punibilidad y la medida de la pena.

Bacigalupo critica también este punto de vista por dos razones: primero, porque se estima que el conocimiento de las normas no depende del derecho escrito: el derecho no legislado también puede ser conocido; y segundo, porque se sostiene que el principio de culpabilidad no requiere la posibilidad de conocimiento de las consecuencias jurídicas, por lo que de esta manera quedaría fuera de la garantía el requisito de previa determinación legal de la pena. Por otra parte, se arguye como fundamento del principio *nullum crimen* su conexión con **principios democráticos** y con la **división de poderes**, dado que sólo la legislatura sería la autorizada para introducir limitaciones de los derechos fundamentales, aunque por este camino se dice que no es posible fundamentar la prohibición de retroactividad (Bacigalupo, 1999a:47).

En este sentido, Arroyo Zapatero (1983: 12/3) explica que resulta ser una opinión común que el principio de legalidad responde al principio político de división de poderes, pues solamente el legislador en representación directa de la sociedad puede decidir sobre la limitación de la libertad individual, mediante la potestad de prohibir conductas e imponer privaciones de derechos (principio de supremacía del legislador). También agrega que este fundamento político se plasma en la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el Poder Legislativo, pues en definitiva es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad. Asimismo -prosigue el autor-, no solamente es exigible políticamente la atribución exclusiva a la ley de la facultad de definir delitos y penas, sino también que esa definición sea previa a la imposición de la pena.

"...El fundamento político constitucional y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho... La exclusión del sistema de fuentes del Derecho penal del derecho consuetudinario y la prohibición de fundamentar en éste la punibilidad de una conducta es corolario de la reserva. Igualmente lo es la prohibición de la aplicación analógica de las leyes, y de la interpretación extensiva de las mismas... Aún más, como expresión del principio de división de

poderes... incorpora a su contenido las garantías denominadas 'jurisdiccional' y 'de la ejecución'..."(Arroyo Zapatero, 1983:13).

También se brinda como fundamento el **político criminal** que tiene sus orígenes en la teoría de la coacción psicológica propuesta por Feuerbach, quien entendía que sólo una amenaza penal establecida por ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendientes a su comisión, lo cual implica necesariamente la exigencia de prohibición de retroactividad y máxima determinación de la ley (cfr. Arroyo Zapatero, 1983: 14/5).

Por otro lado, se sostiene que el principio de legalidad es producto necesario de la **protección de la confianza**, de la garantía de calculabilidad de las consecuencias jurídicas de sus acciones por el ciudadano fiel al orden jurídico (Bacigalupo, 1999a:47). En general los autores no discuten la corrección de este planteo, pero señalan que ello ha servido para ahuecar el principio en lo referente a la garantía de irretroactividad en las reglas de prescripción (Bacigalupo, 1997:48), o que dicha confianza no se corresponde con la confianza del ciudadano no fiel al derecho, o que no todas las condiciones que requiere un Estado de Derecho son objeto de la confianza de los autores potenciales (cfr. en detalle Jakobs, 1997:81/2).

Otros fundamentos que se proporcionan son la **exigencia de certeza** y el **tutelar del ciudadano**. Al primero se le ha criticado que sobre tales bases no es posible fundamentar ni la reserva de ley, ni la irretroactividad, pues también el reglamento ofrece seguridad o certeza, e incluso tampoco se podría fundamentar la aplicación retroactiva de la ley penal favorable (Arroyo Zapatero, 1983:16). El segundo -de carácter político-, determina el sentido total del principio y el de los subprincipios, apareciendo como una garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales frente a su limitación por el Estado.

En este orden, el principio de legalidad es expresión directa de las ideas más fundamentales del Estado democrático: el de expansión máxima de los derechos del individuo, idea que se traduce como principio de intervención mínima. Este principio de libertad máxima-intervención mínima proyecta sus efectos sobre todas las subconcreciones del principio de legalidad (Arroyo Zapatero, 1983:16).

Se agrega a estos fundamentos la finalidad de **garantizar objetividad**, en el sentido de que la conducta punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la

impresión de los hechos ocurridos, pero aún por juzgar, sino por anticipado y con validez general (Jakobs, 1997:82).

Por otra parte, siguiendo a Schünemann, Bacigalupo (1999a:48/9) distingue entre **las raíces constitucionales y las jurídico-penales** del principio de legalidad.

En el primer sentido se trata de la legitimación de la intervención en los derechos de un ciudadano. En el segundo, se señalan dos aspectos que ilustran el principio: *a.)* la imposición de una pena presupone el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible, pues de lo contrario no podría ser experimentada como una ratificación contrafáctica de la confianza defraudada en las normas, y *b.)* en el ámbito de la nueva criminalidad no internalizada, la existencia de una amenaza penal es un presupuesto necesario para la elaboración de la disposición de conducta leal al orden jurídico. De allí surge el principio general de que una pena sólo puede ser impuesta si, por lo menos, el autor pudo ser motivado a un comportamiento leal al orden jurídico.

De esta forma se concluye que la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, porque este principio tiene funciones de diverso orden: *"... Por un lado determina las condiciones de legitimidad constitucional de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal, así como la objetividad de su contenido. Así se debe entender la exigencia de la ley (escrita) y la prohibición de analogía, que garantizan que sólo el Parlamento puede limitar el derecho a la libertad mediante la amenaza de penas, y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. Por otro lado, estas exigencias resultan necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad que, al menos, condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias..."* (Bacigalupo, 1999a:49).

Roxin (1997:144/7) divide en dos grandes bloques la fundamentación del principio, distinguiendo entre una justificación jurídico política y una jurídico penal. Dentro de la primera menciona el liberalismo político, la democracia y la división de poderes; y dentro de la segunda la prevención general y el principio de culpabilidad.

Para Maggiore (1954: 140/1) el principio *nullum crimen sine lege* tiene valor histórico, pues se refiere a un tipo de civilización fundada en el respeto a la persona humana, como lo fue la democrático-liberal inaugurada en el siglo de la luz; y es llamado el paladín de las libertades políticas y también la *magna charta* del inocente, además de repre-

sentar una gloriosa conquista de la conciencia jurídica, que obedece a razones de absoluta justicia. Todavía se ha expuesto que el principio persigue una meta política concreta: garantizar la libertad individual contra los actos de la autoridad que importen un abuso o un arbitrio discrecionalismo del poder político.

Como señala Ouviaña (1964:549), el compromiso ideológico que fundamenta el sentido instrumental de la fórmula explica su aparición tardía en el desarrollo histórico de las ideas penales, ya que fue menester la explicitación previa de una cosmovisión que proyectara a primer plano la hasta entonces menospreciada dimensión del hombre. Recién cuando se discutió seriamente la naturaleza, origen, finalidad y límites de la autoridad política nació el presupuesto del *nullum crimen*.

En otro orden, se menciona que Beling trazó la distinción entre el "*tenor literal*" y el "*significado esencial*" del principio de legalidad, identificando el primero con la reserva sustancial y absoluta de ley, e identificando el segundo con múltiples exigencias materiales. Así, una ley que estableciese que el que cometa una acción antijurídica e imputable será castigado según el criterio del juez, respetaría el tenor literal, pero entraría en pugna con el significado esencial del principio de legalidad expresado en las ideas del Iluminismo (cfr. Cobo del Rosal – Vives Antón, 1996:64/5).

Ferrajoli (1998:368), analizando el principio de retribución penal, expone que: "*...Kelsen ha simbolizado el nexo consecuencial entre ilícito y sanción con la conocida fórmula «si A, entonces (debe ser) B», en la que «A» representa el ilícito» (o más específicamente el «delito»), «B» la sanción (o más específicamente la «pena») y «si... entonces» la relación de imputación o causalidad jurídica entre el acto y su efecto jurídico. Para expresar el valor garantista de esta relación la fórmula kelseniana ha de transformarse sin embargo en la implicación inversa «si B, entonces (debe ser) A», o en la equivalente «si no A, entonces no (debe ser) B», que es precisamente el principio *nulla poena sine crimine...*". El autor agrega que este principio se remonta mucho antes que a Feuerbach, a Ulpiano, quien lo anunció de modo más completo e inequívoco "*Aliud raus est, aliud poena, fraus enim sine poena esse potest poena sine fraude esse non potest*", pues a su entender la relación entre delito y pena fue entendida de modo más riguroso por este último, acuñando no sólo la fórmula *nulla poena sine crimine* sino también la *nullum crimen sine poena legali*. Asimismo, aclara que el principio "*where there is no law, there is no transgression*" (donde*

no hay ley no hay transgresión), existía en el derecho inglés antes de Feuerbach. Por otra parte, Ferrajoli (1998:374) menciona que el principio de legalidad actúa como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y sólo de ellas. Tiene para el jurista el valor de una regla meta-científica, tratándose más exactamente de una regla semántica que identifica el derecho vigente como objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo las leyes dicen lo que es delito y que las leyes sólo dicen qué es delito.

Desde otra óptica, Spacarotel (2006:39) refiere que con el advenimiento del Estado de Derecho, y principalmente a partir de la caída del modelo de Estado de Policía, se heredaron, básicamente, dos principios, a saber: **a)** el principio de división de poderes, **b)** y el principio de legalidad. Este último se exhibe de forma que el Estado de Derecho significará básicamente, a partir de entonces, un régimen en el cual el derecho preexiste a la actuación de la administración, y la actividad de ésta se subordina al ordenamiento jurídico, garantizándose los derechos individuales de la persona como facultad consustancial con su calidad humana, y con existencia de tribunales independientes para juzgar las contiendas. Para el autor existe un dato cualitativo inescindible entre la concepción del Estado de Derecho y el principio de legalidad, toda vez que no resulta indiferente al primero la subordinación a un orden jurídico que no respete elementales principios y garantías inherentes a la dignidad de la persona humana.

TITULO III: LOS CONTENIDOS O DERIVACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

CAPITULO 1: PRELIMINARES

Roxin (1997:137) es quizás el penalista que ha expuesto un desarrollo más acabado del principio de legalidad en la dogmática penal actual. Para él el principio de legalidad sirve para evitar la punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva. Luego de explicar los postulados de "No hay delito sin ley" y "No hay pena sin ley" en el derecho alemán, pasa a tratar las cuatro consecuencias del principio de legalidad, a saber:

- 1.) la prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*);
- 2.) la prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*);
- 3.) la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*);
- 4.) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

La doctrina mayoritaria es concordante en atribuir estas cuatro consecuencias al principio de legalidad. Así, Bacigalupo (1997:75/83); Cobo del Rosal - Vives Antón (1996:66); Eser - Burkhardt (1995:51/2); Frías Caballero (1992:31 y ss.); Jakobs (1997:88); Jescheck, (1993:119/26) y Welzel (1997:22/3), entre otros.

Mir Puig (2004:116) exige la triple exigencia de *lex praevia, scripta y stricta*, aunque dentro de esta última también incluye el llamado "*mandato de determinación*".

La garantía de *lex certa* no es incluida -al menos de manera expresa-, por Bustos Ramírez (1994:135/8); Creus (1992:55/6); Fontán Balestra (1980: 228) y Soler (1999: 138), aunque a veces se la deriva de la exigencia de *lex stricta*.

Estas consecuencias o contenidos del principio de legalidad se complementan con otros conceptos (como el de tipo penal y bien jurídico) y principios (como el de culpabilidad y proporcionalidad de las penas), los cuales operan en conjunto como límites al *ius puniendi*.

A los fines de este trabajo resulta fundamental el análisis de las últimas dos

consecuencias, sin perjuicio de lo cual es preciso describir someramente las dos restantes, dada su íntima interrelación.

CAPITULO 2: LA PROHIBICION DE DERECHO CONSUETUDINARIO PARA FUNDAMENTAR Y AGRAVAR LA PENA

De acuerdo al tenor literal y al sentido del principio de legalidad, resulta obvia la prohibición del derecho consuetudinario en perjuicio del imputado. No es posible crear por esta vía ningún tipo penal, ni agravar uno existente, pues la reserva legal se encuentra mucho más formalizada que en cualquier otra rama del derecho, lo cual no veda la posibilidad de que el derecho consuetudinario, que es admitido en otras áreas del ordenamiento jurídico, pueda surtir efectos en el derecho penal si éste remite a aquellas (cfr. Jescheck, 1993:119; Roxin, 1997:159). La veda del derecho consuetudinario es una consecuencia necesaria de la fundamentación democrático-representativa que hemos visto más arriba. De este modo están proscriptas en el derecho penal cualesquiera otras fuentes de creación que no sea la ley, como por ejemplo la doctrina, la jurisprudencia o los usos y costumbres, aunque puedan de modo indirecto limitar la tipicidad penal.

Como ya se expuso, de conformidad con nuestra Constitución Nacional quedan excluidas las pretendidas leyes penales no emanadas de los órganos legislativos estatales dentro de sus respectivas competencias, y aún las dictadas por ellos que no tengan estructura penal. Tampoco el Poder Ejecutivo ni el Judicial pueden crear leyes penales. Como explica Zarini (2003:33/4), se puede realizar la siguiente distribución de las fuentes constitucionales productoras de leyes penales:

a.) Las leyes formales emanadas del Congreso Federal, el Código Penal (Constitución Nacional, art. 75 inc. 12, primera parte), las leyes penales especiales y las disposiciones penales contenidas en leyes no penales y el Código de Justicia Militar, en tanto tipifica delitos;

b.) Las leyes formales producidas por las Legislaturas Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre materia contravencional provincial (Constitución Nacional, art. 121);

c.) Las leyes penales (ordenanzas municipales) creadas por los órganos

legislativos municipales respecto de materia contravencional (Constitución Nacional, 5 y 123).

De lo expuesto es fácil deducir que el Poder Ejecutivo no puede suplir la intervención del Congreso mediante decretos-leyes, que el Congreso no puede delegar estas atribuciones en ninguno de los otros poderes, y que los jueces no pueden suplir las imprevisiones de la ley (Ouvina, 1964:555/6).

CAPITULO 3: LA PROHIBICION DE RETROACTIVIDAD

Explica Nuñez (1993:28/30) que el sistema jurídico argentino posee un mecanismo especial para la formación y sanción de la ley, pues requiere la actividad de ciertos órganos especializados desarrollada mediante procedimientos particulares. Todo acto jurídico emanado de dichos órganos es una ley, sea su contenido individual o general. Pero, como aclara el autor, el concepto de ley previa que exigen los arts. 18/9 de la Constitución Nacional requiere que el contenido del acto emanado del órgano legislativo deba ser una regla de carácter general, en el sentido de que esté dirigida a regir todos los casos que ocurran desde su entrada en vigencia hasta su derogación, pues no se concibe que un precepto penal pueda ser dictado para un caso ya ocurrido, lo cual chocaría con la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Esta facultad legislativa corresponde al Congreso de la Nación, a las Legislaturas Provinciales y a los Concejos Municipales. La ley previa puede ser sancionada por uno de estos tres órganos legislativos, actuando en el marco de sus respectivas materias de gobierno y de acuerdo con nuestro régimen federal.

La idea de seguridad que contiene esta garantía sólo se satisface mediante la descripción precisa de la conducta punible y las correspondientes consecuencias jurídicas, lo cual puede hacerse mediante distintas técnicas (Nuñez, 1993:33). Ello se relaciona con el problema de las llamadas *leyes penales en blanco*, que no trataremos aquí por exceder el marco de este trabajo.

No obstante la consagración constitucional de la prohibición de retroactividad,

el Código Penal en los arts. 2¹¹ y 3¹² regula el principio de la ley penal más benigna, que si bien se relaciona con aquél no se identifica.

De esta forma, quedan eliminadas las leyes penales *ex post facto*, impidiendo que alguien sea penado por un hecho que al tiempo de su comisión no era delito, o no era punible o perseguible, y que a quien cometa un delito se le imponga una pena más grave que la prevista al tiempo de la comisión, lo cual sólo reconoce como excepción la aplicación de la ley penal más benigna (Zaffaroni, 2000:114).

Nuestra legislación fondal determina que deben tomarse en cuenta para la prohibición de retroactividad dos momentos: el de la comisión del hecho y el de la extinción de la condena, entendiéndose el primero como el momento de la realización de la conducta típica, lo cual no necesariamente coincidirá en todos los casos con la consumación o agotamiento del delito.

No obstante, puede haber cierta dificultad cuando el delito es permanente, es decir, cuando la comisión se extiende más allá de la consumación, como por ejemplo en la privación ilegal de la libertad o el secuestro extorsivo (arts. 141 y 170 del Código Penal). En estos casos, si durante la comisión del delito se modifica la ley aplicable existen dos soluciones posibles: considerar como límite temporal el del inicio de la acción o el de su finalización.

Por último, existe consenso doctrinal en que la prohibición de retroactividad también rige para las medidas de seguridad, los presupuestos de punibilidad y las causas de justificación.¹³

¹¹ "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho."

¹² "En el cómputo de la prisión preventiva se observará la ley más favorable para el imputado"

¹³ En cuanto a cómo opera el principio de la ley penal más benigna en diferentes supuestos, los problemas de las normas procesales penales y la jurisprudencia y los plazos de prescripción cfr. Zaffaroni, 2.000:114/9; Roxin, 1.997:164/9 y Zarini, 2.003:41/9.

CAPITULO 4: LA PROHIBICION DE ANALOGIA

Previamente a ingresar a la cuestión propiamente penal, es necesario aclarar algunas cosas. En primer lugar, no existe un concepto único de analogía sino varios que tienen en común la idea de semejanza o similitud. En el lenguaje jurídico se suele utilizar la analogía respecto del proceso de interpretación y aplicación del derecho, es decir, como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante. Para indicar ello los juristas utilizan expresiones tales como *argumentum a simili o a pari* (Atienza, 1986:179/80).

En segundo lugar, el uso de la analogía así entendida implica necesariamente la creación o innovación del derecho, y la distinción entre ella y la interpretación extensiva tiene por función limitar la capacidad del intérprete y aplicador del derecho, aunque no es posible establecer tal distinción de manera precisa (Atienza, 1986:183/4).

En tercer lugar, también resulta difícil conceptualizar a la interpretación restrictiva y extensiva, pues existen diferentes significados que se le suelen atribuir a cada una de ellas.

En este aspecto explica Larenz (1994:350/1) que entre los diferentes significados de una de una expresión ha de denominarse "*estricto*" aquél que tiene un ámbito de aplicación estricto, y "*amplio*" aquél que tiene un ámbito de aplicación amplio, identificándose el primero con la esfera nuclear, la cual se tiene en primer lugar en cuenta para usar el término, y el segundo con el significado que, en mayor o menor medida, comprende la esfera marginal que en el uso general del lenguaje sólo algunas veces se tiene en cuenta. Si se sobrepasa algunas de estas esferas, ello puede implicar analogía o reducción teleológica de la ley, pero nunca interpretación.

En cuarto lugar, e independientemente de cómo se definan la interpretación restrictiva, extensiva y la analogía, se debe tener presente que algunos autores refieren que en general se impone la primera en la interpretación del derecho penal, mientras que otros piensan que también es posible la interpretación extensiva, e incluso hay quienes sostienen - en franca minoría- la posibilidad del uso de la analogía, aún en el sentido habitual en que se la suele entender. No obstante, debemos tener en cuenta que a diferencia de otras ramas del derecho en donde la analogía funciona sin demasiadas cortapisas, en el derecho penal

esto no es así, dado que el principio de legalidad opera en alguna medida como pauta interpretativa, aunque exista pleno consenso en admitir la analogía *in bonam partem*.

Para Roxin (1997:140) analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza; si la regla jurídica que se va a trasladar procede de un precepto concreto se la denomina *analogía legal*, mientras que si procede de varios preceptos se la llama *analogía jurídica*. En el campo penal ello está vedado en la medida en que opere en contra del imputado (*in malam partem*), pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley no está fijada o determinada legalmente la punibilidad.¹⁴ Agrega Roxin (1997:147 y ss.) que la prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación de la ley que está permitida, de la creación del derecho que está prohibida. Dicha dificultad no fue advertida en la época del Iluminismo, pues los propulsores de este principio partían de la base de que el juez nada tiene que interpretar sino sólo aplicar el tenor literal de la ley. En la actualidad dicha concepción mecanicista ha sido abandonada, pues casi todos los conceptos que emplea la ley son potencialmente vagos.¹⁵ El legislador crea con el tenor literal de un precepto penal un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez, quien considera el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico, el contexto sistemático legal y el fin de la ley. Según esto último, la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Ahora

¹⁴ Como ejemplo paradigmático de analogía podemos citar el que menciona Roxin sobre las máquinas automáticas que funcionaban con monedas (teléfonos públicos, expendedores de gaseosas o diarios, etc.), las cuales no eran conocidas al momento de la sanción del Código Penal Alemán (StGB) en el año 1.871. Algunas personas lograron mediante la introducción en la ranura de pequeñas fichas metálicas de forma similar, poder utilizar gratis dichos aparatos automáticos. Estas conductas no se pudieron castigar en Alemania de conformidad con el tipo penal de estafa vigente en ese entonces (§ 263), pues la norma requería la producción de un error, lo cual era fácticamente imposible. Por tal motivo, el legislador penal tuvo que introducir un tipo penal específico (§ 265 a) que atrapara las mentadas acciones. En nuestro derecho la cuestión es parecida, ya que el art. 172 del Código Penal que define el delito de estafa, está diseñado de modo similar al § 263 alemán, por lo que se ha dado en la doctrina y jurisprudencia la misma discusión, determinándose en general que dichas conductas no son punibles en los términos del delito de estafa, sino del de hurto (art. 162). Claro que si la maniobra ardidosa, utilizando la maquina como medio, recae aunque sea indirectamente sobre un ser humano provocándole error, nos encontramos frente al tipo penal de estafa (cfr. el plenario "Ruzzolini, J. L.", de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, sent. del 11/7/61, causa nº 5.228). También resulta de interés mencionar el conocido caso, vulgarmente denominado como "Los Caballeros de la Noche" (cfr. Donna, 2.000:59), referido a un grupo de individuos que habían sustraído un cadáver, exigiéndoles a los deudos la entrega de una importante suma de dinero cuando en ese entonces no se encontraba tipificada la figura que hoy establece el art. 171 del Código Penal. En primera instancia los coimputados fueron condenados por el delito de robo de conformidad con el art. 195 del Código Tejedor. Sin embargo, la Cámara advirtió tal error, pues el delito de robo -al igual que en la actualidad-, exige que el objeto de la acción recaiga sobre una cosa, y el cadáver no lo es.

¹⁵ En dicho sentido, el Tribunal Constitucional español ha expresado que: "...El principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas

bien, una interpretación al margen de dicho marco, es decir, que no esté cubierta por el sentido literal posible de una norma, constituye una analogía fundamentadora de la pena lo que es inadmisibile.¹⁶ Más adelante expone Roxin que la vinculación de la ley al límite del tenor literal no es arbitraria, y deriva de los fundamentos jurídico-políticos y penales del principio de legalidad, pues el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones y lo que no se desprenda de ellas no rige. Por tal motivo, toda interpretación que exceda el tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática, ya que el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta. No obstante, el autor acepta que esta propuesta se aleja de la total vinculación de la ley, pues el juez dentro del marco fijado decide entre diversas opciones interpretativas, pero ello radica en la propia naturaleza de las cosas y en que el juez no es libre de cualquier interpretación sino que está vinculado a las decisiones valorativas legales. Esta posición también permite resolver para Roxin la vieja controversia entre las teorías subjetiva y objetiva de la interpretación, encontrando la solución en un punto medio: a la última hay que darle la razón en que no son decisivas las efectivas representaciones de las personas que participaron en el proceso legislativo; pero a la primera hay que darle la razón en que el juez está vinculado a la decisión valorativa político-jurídica del legislador histórico.¹⁷

figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento... si se produce una laguna, ésta no puede llenarse recurriendo a la analogía in malam partem..."(cfr. Bacigalupo, 1.999:59).

¹⁶ Roxin ejemplifica lo expuesto mediante el § 223 a del StGB, que castiga a las lesiones causadas por medio de un arma, preguntándose si puede encuadrarse en dicha conducta al autor que arroja ácido clorhídrico a la cara de la víctima, respondiendo que el sentido literal no requiere restringir dicho concepto a las armas que operan mecánicamente, toda vez que el lenguaje corriente maneja el concepto de "arma química". Incluso tampoco ve objeciones cuando se utilizan medios que pueden ser mucho peores, como el golpe con un palo. Sin embargo, si el autor golpea la cabeza de la víctima contra la pared, Roxin entiende que aplicar en dicho caso la norma en cuestión implica una analogía prohibida, pues la percepción natural del lenguaje se rebela contra la pretensión de calificar como instrumento a una pared fija. En nuestro derecho ha sucedido algo similar con la interpretación del art. 166 inc. 2º del Código Penal, el delito de robo con armas, que no obstante sus sucesivas reformas se ha mantenido igual en el punto que nos interesa, es decir, cuando el robo se agravaba por la utilización de un arma que no sea de fuego ni de utilería. Existe cierto consenso lingüístico en entender que un arma propia es aquella que está destinada a funcionar como elemento de ofensa o defensa; en cambio, arma impropia sería aquella que eventualmente puede tener poder ofensivo, aunque naturalmente no funciona como tal. Ejemplos de la primera son (fuera de las armas de fuego) una ballesta, una honda o una catapulta; de la segunda, un cuchillo de cocina, una piedra o un destornillador. No obstante esta aparente claridad, se han producido numerosos problemas interpretativos para determinar si estamos hablando de arma cuando alguien se apodera de una cosa mueble mediante el empleo de una tijera, una botella de vidrio rota, una jeringa infectada con HIV, etc. Por las mismas razones que apuntaba Roxin, no se ven objeciones para que se excluyan estos objetos dentro del concepto de arma. Volveremos sobre el punto en el título XI de la sección siguiente.

¹⁷ La postura que defiende el autor ha sido objeto de diversas críticas que el autor se ha encargado de detallar y contestar (cfr. Roxin, 1.997:153:65). Sólo diremos aquí que no parece muy plausible esto último que afirma pues

Por su parte, Bacigalupo (1999:75 y ss.) refiere que la ciencia del derecho penal ha supuesto que la prohibición de analogía no ofrecía dificultades para su realización práctica, ya que tomaba como punto de partida que los tipos penales contenían supuestos de hecho referidos a un número exacto de casos. En este esquema la analogía significaba la decisión de un caso no contenido en la ley y, consecuentemente, creación de derecho, lo que violaba el principio de división de poderes. Luego de analizar pormenorizadamente el tema, concluye que la dogmática, basada en el método teleológico, no puede prescindir de la analogía en sus operaciones interpretativas, y las posibilidades de obtener una fórmula para establecer el límite máximo de la interpretación permitida son prácticamente nulas, agregando que si se toma conciencia de las carencias de las soluciones de que se dispone, sólo nos queda una vía: la exclusión de toda interpretación extensiva del derecho penal. Dicha toma de posición, como el propio Bacigalupo lo expresa, choca con la difundida opinión de la inaplicabilidad del principio *in dubio pro reo* en materia sustantiva. Sin embargo -aclara el autor-, estamos ante un conflicto entre más o menos libertad, otorgándole al límite de la interpretación el sentido más restringido del texto.¹⁸

Zaffaroni (2000:112), luego de explicar que el *argumentum a simile* tiene plena aplicación en el derecho penal, concluye de modo similar a Bacigalupo en el sentido de la preeminencia de una interpretación restrictiva, basada en la excepcionalidad de la criminalización primaria. Sin embargo, a diferencia de Bacigalupo, admite que en casos en que el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridícula o absurda debe ceder a la interpretación literal más amplia, como sucedería si interpretáramos el concepto de cosa mueble en el art. 162 del Código Penal en los mismos términos que la ley civil, dejando fuera los inmuebles por accesión o representación.¹⁹

si las las efectivas representaciones de las personas que participaron en el proceso legislativo tienen alguna relevancia ello es sumamente problemático, pues la ley es creada por el poder legislativo mediante un procedimiento reglado y las representaciones de las personas que participan en él no tendrían por qué contar como relevantes, dado que al votarse una ley el único acuerdo versa sobre el texto votado, no sobre las eventuales representaciones de quienes votan. Pero aún dando una respuesta afirmativa, no sería posible saber, en la mayoría de los casos, qué representaciones habría que tener en cuenta.

¹⁸ En similar sentido se expresan Bustos Ramírez (1.994:166/7) y Ferrajoli (1.998:378 y ss.), este último influido por la tesis bobbiana. No obstante, en dicha postura parece resultar problemático encontrar límites precisos entre la interpretación restrictiva y la reducción teleológica de la ley, de la misma forma que sucede entre la interpretación restrictiva y la extensiva, y ésta última y la analogía.

¹⁹ En contra a la aplicación del principio *in dubio pro reo* en el ámbito de la interpretación jurídica penal se sitúa en general la mayoría de la doctrina y jurisprudencia actuales. Maier (1989:264/69) admite que la interpretación extensiva y restrictiva varía según que la regla interpretada guíe a la reacción penal o la rechace, brindando el interesante ejemplo del encargado del edificio que ante el despido se niega a abandonar su vivienda (art. 181

En el fondo lo que se trasluce en las posiciones de Zaffaroni y especialmente en la de Bacigalupo es la opinión de Bobbio (1938:109), quien refería que en la interpretación analógica se extiende la norma misma, mientras que en la analogía se resuelve la formulación de una nueva norma, pero dicha diferenciación es superficial pues en ambos supuestos se da un caso no reglado por el derecho positivo. De este modo, para Bobbio no es posible distinguir dónde termina la interpretación extensiva y dónde comienza la creación de derecho, pues el procedimiento de razonamiento es el mismo en ambos casos. No obstante, Bobbio no mantuvo siempre esta tesitura. En el año 1957 admitió que era factible la diferenciación entre interpretación extensiva y analogía, en el sentido de que en la primera, si bien se extiende el contenido de una norma jurídica a casos que no prevé, la operación se lleva cabo sin salirse de la norma, mientras que en la segunda la extensión tiene lugar con base en una norma de jerarquía superior que se aplica tanto al caso previsto cuanto al no previsto, creándose en consecuencia una norma nueva. En 1968 agregó que la diferenciación no puede establecerse de modo tajante, sino más bien que los límites que separan a una de otra son flexibles (cfr. Zarini, 2003:125/6).

Siguiendo a Larenz, Mir Puig (2004:124/5) diferencia claramente la interpretación de la analogía: mientras la primera sería la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su "*sentido literal posible*", la segunda presupondría la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogos a otros sí comprendidos en el texto legal. El autor admite -al igual que Roxin- la interpretación extensiva de delitos o penas, salvo en los casos que se aparte de los modelos o cánones de interpretación aceptados o pautas valorativas constitucionales, pues con dicha salvedad la interpretación extensiva no sobrepasaría el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de ese límite. Por lo tanto, parece que el objeto de la prohibición no recae sobre aquel que interviene en el proceso de interpretación y aplicación, sino en lo que Alchourrón (1991:177 y ss.) llama argumentos jurídicos *a pari* y *a fortiori*. Cuando se hace referencia a un supuesto en que la norma penal contiene cláusulas que permiten otorgar a los términos en ellas

inc. 1º del Cód. Penal). Si se admite una interpretación restrictiva de esta norma por el principio *favor rei* cabría la absolución del portero, pero si una persona reacciona proporcionalmente lesionándolo o privándolo de la libertad, por interpretación extensiva de la facultad de defenderse legítimamente cabría la aplicación de la justificante (art. 34, inc. 6º del Cód. Penal), para lo cual debería sostenerse que el encargado obró antijurídicamente,

empleados un sentido análogo (como con los vocablos "arma" o "mujer honesta"), o que permiten la aplicación a situaciones análogas a las descripciones de hecho en ellas contenidas ("otra condición análoga" del art. 141 del Cód. Penal o "cualquier otro ardid o engaño" del art. 172 del Cód. Penal), no nos encontramos frente a un supuesto de analogía prohibida o razonamiento jurídico por analogía (cfr. Zarini, 2003: 88 y ss.).

En una postura extrema Arthur Kaufmann ha sostenido que la diferenciación entre interpretación lícita y analogía prohibida es la confesión de la absoluta imposibilidad de una delimitación practicable, pues cuando se dice que la interpretación llega hasta el "sentido literal posible", se halla uno ya en medio de la analogía, ya que el mismo "sentido literal posible" no es ni uno unívoco ni uno equívoco, estos es, sólo puede ser uno análogo. Agregando que una prohibición estricta de la analogía desembocaría en una prohibición de interpretación, cuya absoluta ineffectividad nos muestra la experiencia histórica (*Analogía y naturaleza de la cosa*, citado por Gimbernat Ordeig, 1999:62/3).

Si bien resulta sumamente arriesgada esta afirmación, en algo parece tener razón, y en dicho sentido suelen expedirse los juristas, aunque no lo expliciten. Incluso el propio Zaffaroni (defensor de la tesis de la interpretación restrictiva) admite la interpretación extensiva del concepto de cosa mueble en el hurto, sin poder diferenciarla claramente de la analogía.

Por otra parte, supongamos que el legislador ha sido los más preciso posible en una formulación normativa y, no obstante, la misma puede interpretarse dos sentidos: uno más amplio y otro más restrictivo. O en la misma situación, existen dudas respecto al alcance del término utilizado. ¿Porqué deberíamos dejar fuera del campo de aplicación supuestos que claramente el legislador quiere que queden comprendidos, pero que por una limitación del lenguaje no le fue posible hacerlo?

Como se podrá observar a esta altura, los complejos problemas que sucintamente hemos expuesto tienen directa relación con otros dos temas importantes: el mandato de determinación de la ley y la interpretación literal, que trataremos más adelante, sin perjuicio de ir realizando las referencias que fueren necesarias.

Hurtado Pozo (1991:513/6) dice que la determinación de la noción de interpretación extensiva supone una doble limitación: de un lado en relación con la interpretación

es decir, que llevó a cabo el hecho prohibido. Maier concluye que dicha exigencia se refiere a los hechos y no

restrictiva y, de otra parte, con la libre búsqueda del derecho. Una vez tomada en cuenta la naturaleza de la interpretación y del lenguaje, esta distinción es bastante artificial, pues toda disposición legal constituye un esquema, no una descripción precisa y cerrada, y la aplicación de una disposición implica necesariamente su concretización en relación al caso *sub iudice*, que se efectúa más fácilmente con relación a los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto que con relación a los comprendidos en la zona marginal. También agrega que *"...La subsunción del hecho a 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 sólo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia. Esta similitud no se ubica sólo a nivel lógico o material, ya que se trata, sobre todo, de constatar la equivalencia a nivel normativo: juicio de valor que justifica someter el caso en cuestión al imperio de la norma aplicable al otro caso. Este razonamiento por analogía es propio de la interpretación... El criterio para distinguir la analogía de la interpretación o, si se prefiere, de la interpretación extensiva no se encuentra, en consecuencia, a nivel del procedimiento o del medio empleado. Este criterio no puede estar constituido por el texto legal en sí, pues éste es un elemento impreciso hasta el momento en que la disposición es aplicada al caso concreto... Esta aplicación se realiza constatando si el caso concreto presenta elementos análogos a los que caracterizan el acto incriminado mediante la disposición legal en cuestión... Sólo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta es de buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida es que éste es utilizado para determinar -mediante un 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'. Al contrario, se trata de 'analogía' si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace sobre la base de la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión... si se acepta que la interpretación es un elemento condicionado por la precomprensión y el preconocimiento del intérprete, llevado a cabo mediante los diversos medios entre los cuales figura la analogía, se debe admitir la idea de que la prohibición de la analogía permanece como pilar fundamental del derecho penal. Se trata de un argumento esencial para obligar al juez a justificar de manera especial toda*

soluciona problemas de interpretación jurídica, ni prohíbe ningún método de interpretación *intra legem*.

extensión de la ley desfavorable al procesado, sin refugiarse en la cómoda situación de que se trata sólo de una interpretación...".

Muñoz Conde y García Aran (1996:124/5) piensan que la analogía consiste en aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares (análogos) a los que la ley describe. Al hablar de la prohibición de analogía refieren a la prohibición de una forma de aplicación de la ley, aunque en ocasiones se hable de "*interpretación analógica*". La analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma. De ella deben distinguirse las llamadas cláusulas generales de analogía: éstas aparecen cuando la ley utiliza expresiones destinadas a extender el sentido de los términos legales a supuestos similares. Cuando los órganos jurisdiccionales aplican esta circunstancia no realizan una aplicación analógica de la ley sino que aplican la propia ley dotándola previamente de contenido a través de la interpretación.

Por otra parte, la interpretación restrictiva establece un sentido de la norma que reduce el ámbito del sentido literal propio de los términos legales. La interpretación extensiva plantea problemas particulares por su proximidad con la analogía. Si por interpretación extensiva se entiende aquella que incluye en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo, puede considerarse respetuosa con el principio de legalidad; en cambio, si la interpretación extiende el sentido de la norma más allá de las acepciones posibles del término legal, está permitiendo su aplicación a supuestos no contenidos en el precepto y por tanto, incurriendo en analogía prohibida.

Luzón Peña (1996:170/1) dice que toda interpretación ha de moverse dentro del sentido literal posible de la norma, que marca el límite máximo de la interpretación, a partir de ahí toda aplicación de la ley a un supuesto semejante a los que encajan en su tenor literal, por muy similar o idéntico que sea, desborda la interpretación y entra en el campo de la analogía como procedimiento de creación o integración del derecho. En cambio, la interpretación analógica (para nosotros extensiva) es perfectamente admisible en la medida en que sigue siendo interpretación, es decir, se mantiene dentro de los límites del sentido literal posible. Más adelante (1996:173/5) explica que el principio *in dubio pro reo* es concebido por un sector doctrinal y jurisprudencial como un principio general en la interpretación de las leyes penales, en el sentido de que si es dudoso el tenor y sentido de una disposición, habría que optar por la interpretación más restrictiva. Sin embargo, explica que ello no es correcto,

pues optar dentro del sentido literal posible por una interpretación extensiva o restrictiva depende de los diversos métodos o criterios de interpretación, solamente cuando la aplicación de los diversos criterios siga sin dar una solución clara sería preferible inclinarse por dicho principio.

La Corte Suprema de la Nación ha analizado el tema, pudiendo resumirse sus argumentos de la siguiente manera:

a.) el sistema penal constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera, por la naturaleza de los objetos jurídicos de que se trata, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley, concepto éste recibido indudablemente por el art. 18 CN (CSN, 10-9-1.979, Fallos 301-395);

b.) la interpretación extensiva siempre tiene lugar dentro de la resistencia semántica del texto (pues de lo contrario no sería interpretación), en tanto que la integración analógica postula la aplicación a un caso semejante pero no contemplado en la letra de la ley (del voto del Dr. Zaffaroni, CSN, 14-6-2.005, Simón, Julio H.);

c.) el deber de observar una interpretación estricta de la ley no tiene por objeto excluir la interpretación correcta, imponiendo en todos los casos la literal, sino excluir la aplicación de esa ley, así interpretada, a casos distintos aunque análogos. Aquél principio, en suma, sólo veda la analogía, no la inteligencia exacta de la ley más allá o más acá de sus términos literales, cuando el resultado de la interpretación revela que la letra de la ley ha expresado sólo de manera incompleta o incorrecta la voluntad del legislador (del voto del Dr. Petracchi, CSN, 31/10/1.997, Fallos 320:2:271);

d.) el art. 18 CN. proscribela aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no su razonable y discreta interpretación tendiente al cumplimiento de los propósitos de los preceptos. Tal hermenéutica deberá incluir el descubrimiento de la posible intención del legislador, compatible con las palabras que ha empleado para expresarla, comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento común (CSN, 10-12-1.997, Fallos 320:2.469);

e.) la regla que impone la inteligencia estricta de las normas penales no excluye el sentido común en el entendimiento de los textos de dichas normas a fin de evitar un resultado absurdo que no pueda presumirse como querido por el legislador (CSN, 10/12/1.997, Fallos 320:2.649).

Desde otra óptica cabría preguntarse qué resulta más compatible con la Constitución Nacional.

Siempre que nos movamos dentro del campo de referencia semántico no parecen verse objeciones en que elijamos entre una interpretación restrictiva o extensiva, aunque ello dependerá de cómo caracterizamos a cada una de ellas. Y siendo ello así es posible entonces incluir dentro de la interpretación no sólo a los casos claros, sino también a los problemáticos.

Lo expuesto merece cierta precisión: es posible que dentro del sentido de un enunciado normativo haya más de un "caso claro" de aplicación; pero también junto a los "casos claros" puede haber uno o más "casos problemáticos", o, en fin, todos pueden ser casos problemáticos. En todos ellos es factible escoger entre el más restrictivo y el más extensivo, y siempre nos estaremos moviendo dentro del "sentido literal posible". La elección de uno de ellos dependerá de una cuestión de decisión o en todo caso de argumentación.

No obstante, los problemas se suelen presentar en el ámbito penal en el límite entre la interpretación extensiva y la analogía prohibida, o en todo caso si es posible suministrar algún criterio para fijar dicho límite. En este aspecto hay que decir que la diferencia sustancial entre ambas es que, mientras que la interpretación es la determinación del sentido o significado de un enunciado normativo que se halla dentro de su "sentido literal posible", la analogía (o razonamiento jurídico por analogía) supone la aplicación de una nueva norma penal (creada a partir de otra norma existente en el sistema) a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de la letra del enunciado normativo (interpretado) ya existente, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, claro que dicho límite no puede establecerse con precisión matemática (Zarini, 2.003: 121/36).²⁰

²⁰ Más adelante, la autora agrega que: "... Por ende, si cuando se alude a la 'interpretación analógica' se hace referencia a aquellos supuestos en que la norma penal contiene cláusulas que permiten otorgar a los términos en ellas empleados un sentido análogo o, bien, que permiten su aplicación a situaciones análogas a las descripciones de hecho en ella contenidas, la diferenciación entre actividad interpretativa y razonamiento analógico antes ensayada, se mantiene vigente en estas hipótesis ... De idéntico modo, si por 'interpretación extensiva' se hace referencia a aquel tipo de interpretación que otorga al campo de referencia semántica de los términos de un enunciado normativo, o al enunciado normativo mismo, el alcance más amplio posible, aquella continúa operando dentro de los límites demarcados por el sentido literal de las formulaciones normativas, y esta actividad sigue caracterizándose como el establecimiento del significado de una norma, es decir, como tarea interpretativa y no creadora de derecho ... Por tanto, ninguno de los supuestos atenta contra el principio de legalidad. Dado que toda interpretación debe moverse dentro del coto del sentido literal posible de la norma, con ello no se transgrede el límite de garantía representado por la letra de la ley...".

Por otra parte, la finalidad que persigue la interpretación extensiva no es la misma que la prohibición de analogía, pues mientras la primera pretende moverse dentro de la interpretación de un enunciado, la segunda pretende crear uno nuevo. El hecho de que en ciertos casos el límite resulte borroso, no es óbice a que no se las pueda distinguir. Sólo cuando exista una imposibilidad de distinguir las deberemos optar por la interpretación más restrictiva.

Asimismo, cuando una determinada interpretación desvirtúa o contradice preceptos constitucionales, la opción es la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia por considerarla arbitraria en el caso concreto.

Más allá de las dificultades interpretativas que ocasione un enunciado normativo, y que hagan aconsejable su derogación o estipulación, si entre varias interpretaciones posibles podemos elegir al menos una que resguarde los principios constitucionales, y que a la vez conserve ciertas pautas de razonabilidad, no corresponde su declaración de inconstitucionalidad (cfr. Sagües, 1.989:136/37, 157, 258 y ss.).

La CSN ha decidido que la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda una vía para optar por una "*interpretación constitucional*" de la ley, si existen varias interpretaciones posibles debe adoptarse la que la preserva y no la que la destruye.²¹ Sin embargo, es necesario encontrar un límite más allá del cual la indeterminación de la ley es inconstitucional.

Roxin (1997:172/3) expresa que la solución correcta habrá que buscarla por la vía que prefiguran los principios de la interpretación del Derecho Penal. Según ellos, un precepto penal será suficientemente preciso y determinado sí y en la medida en que de él se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. En otros supuestos sólo se podrá afirmar la constitucionalidad de un precepto si se hace una interpretación muy restrictiva del mismo. En todo caso, como ya adelantáramos, el mayor problema se presenta en el grado de indeterminación tolerable en la redacción de la ley.

Todos sabemos que las leyes establecidas en lenguaje natural son por ese sólo hecho vagas o potencialmente vagas, y en algunos supuestos ambiguas. El problema es determinar si existen parámetros objetivos para poder establecer con carácter general o

²¹ La Ley, t. 105, p. 161.

particular cuando la indeterminación es tal que viola el principio de legalidad.

Es verdad que en algunos casos hay que reconocer cierto margen de indeterminación producto del lenguaje o incluso introducido deliberadamente por el legislador, aunque en muchos casos ello es producto de una deficiente técnica legislativa, como ocurre por ejemplo con el concepto de "violencia" en el Código Penal Argentino, que no obstante estar parcialmente estipulado por el art. 78, varía su significado de acuerdo al lugar en que se encuentre ubicado.²² En la medida que sea posible será tarea del intérprete armonizar una hermenéutica conforme a los principios jurídicos que establece la Carta Magna.²³

Quizás algunos ejemplos ilustren un poco mejor la problemática. Hasta la sanción del decreto-ley 17.711/1.968 se discutió en el derecho argentino si la electricidad era cosa mueble en el sentido del art. 2.311 del Código Civil y si, por lo tanto, su apoderamiento quedaba comprendido en la figura penal del art. 162 del Código Penal Argentino. Dicha dificultad no ha sido propia, ya que en otros Estados se introdujeron modificaciones al Código Penal, como por ejemplo en Alemania, donde se creó un tipo penal especial (§ 248 c). En nuestro derecho, a partir de la sanción del mentado decreto-ley se modificó el vocablo "corporal" por el de "material", y se agregó un párrafo final que establece que *"Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación"*. De esta forma, la energía pasó a ser una cosa mueble por equiparación legal, aunque en el uso común de las palabras ello no sea así.

El párrafo segundo del art. 2.311 del Cód. Civil constituye una verdadera definición estipulativa en la que el legislador ha querido equiparar el concepto de energía al de cosa, y como tal no puede predicarse sobre ella verdad o falsedad. Por la tanto, carece de sentido intentar desentrañar la *"naturaleza jurídica o física"* de la electricidad. Resultaba claro que antes de la sanción del decreto-ley 17.711 la punición de la sustracción de energía eléctrica en los términos del delito de hurto simple (art. 162 del Cód. Penal) sólo era posible mediante una equiparación analógica de la electricidad al concepto de cosa mueble, mientras que ahora su punición surge a partir de la equiparación legal que ha hecho la propia ley mediante una definición estipulativa.

²² Pueden consultarse los arts. 41 bis, 87, 95, 119, 125, 125 bis, 158, 164, 168 párrafo segundo, 181 incs. 1º y 3º, 198, incs. 1º, 2º, 3º y 5º, 199, 212 y 280 del Código Penal, como así también el art. 139 inc. a.) de la ley nº 19.945, el art. 865 inc. d.) de la ley 22.451, el art. 11 inc. b.) de la ley 23.737 y el art. 119 de la ley nº 25.871.

Otro supuesto de aplicación analógica se ha dado en la jurisprudencia alemana que equiparó el hurto cometido mediante vehículo de motor al hurto mediante vehículo uncido o de tiro, previsto como delito de hurto forestal agravado, fuera del límite del tenor literal de la norma.²⁴

Distinta es la situación en la interpretación del art. 163 inc. 6º de nuestro Código Penal, que castiga al hurto como agravado cuando el mismo lo fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. El término "*vehículo*" puede entenderse en varios sentidos: *a.)* aquellos que tienen motor a combustión; *b.)* sólo los automotores; *c.)* aquellos que de algún modo multiplican la fuerza natural del hombre para poder transportarse, como por ejemplo una bicicleta. En cualquiera de las tres opciones interpretativas nos movemos dentro del sentido literal posible de la norma, no configurándose analogía. Sí en cambio implicaría una aplicación analógica de la agravante el subsumir en los términos de la citada norma a quien se apodera de una carretilla, que el hombre empuja por sí mismo, no dándose la razón de la agravante citada y yendo más allá del límite literal.

Hace algunos años se presentó un interesante caso en la jurisprudencia argentina con relación a la copia ilegal de software.²⁵ En nuestra legislación penal no existía una protección específica del software, ya que si bien el apoderamiento de la unidad de disco (componente material) que contiene la información podía configurar el delito de hurto, no podía decirse lo mismo del primero que es un bien inmaterial. No obstante, la jurisprudencia trató de paliar el vacío legal mediante la utilización alternativa de la ley de propiedad intelectual (nº 11.723 en su versión anterior) y de las figuras penales de hurto y estafa. En el primero de los casos lo hizo asimilando el software a los derechos de autor, lo cual se vio facilitado por dos disposiciones emanadas de Direcciones Nacionales dependientes del Poder Ejecutivo; por un lado la 15/75, que impidió conceder el otorgamiento de patentes, y por el otro la 3/87 bis, que estableció que la obra del software y los contratos que a ésta se refieran serán registrados por la Dirección Nacional de Derecho de Autor con colaboración de la Cámara Argentina de Software. Por su parte, el decreto nº 165/94 estableció en su art. 1º

²³ Ilustrativo sobre las funciones de la interpretación constitucional Wróblewski (1985: 93/114).

²⁴ Cfr. Hassemer (1.998:39) y Roxin (1.997:152).

²⁵ Actualmente la problemática en lo referente a su penalización ha quedado zanjada por la ley 25.036, que en su art. 1 modifica el art. 1 de la ley 11.723 e introduce los programas de computación fuente y objeto dentro del concepto de obra protegida.

que a los efectos de ese decreto y de la demás normativa vigente se entenderían como obras de software, incluidas entre las obras del art. 1 de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias expresiones. De esta forma, se creó un ámbito mayor de punición penal, ampliando el concepto de obra.²⁶ Asimismo, en el año 1995 se aprobó por ley 24.425 el Acuerdo Trip's, que en su art. 10 disponía que: *"...1. Los programas de ordenador, sean programas fuentes o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971); 2. Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de selección o disposición de sus contenidos constituyan razones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales..."*. Mientras que el art. 61 establecía que: *"...Los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercaderías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometan con dolo y a escala comercial..."*.

Cabe acotar que si bien el acuerdo Trip's obligaba a legislar sanciones penales, lo cual podía dar origen a responsabilidad internacional del Estado ante su incumplimiento, no podía ser entendido en el sentido de que permitiera sancionar a un individuo en particular sino mediante la creación de una ley especial o la modificación del Código Penal. Como el Acuerdo Trip's no era aplicable a la fecha en que ocurrieron los hechos en el caso Autodesk, algunos autores entendieron que a partir de su vigencia la copia ilegal de software se hallaba reprimida por el art. 72 inc. a) de la ley 11.723, ya que cabía concluir que el

²⁶ No obstante algunos fallos condenatorios, el 19/7/95 la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (*in re "Autodesk"*; JA 1997-II, ps. 261/74, con nota de Paulina Albrecht) resolvió que la reproducción no autorizada de

art. 10 del citado Acuerdo sobre aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio integraba la legislación argentina por imperio del inc. 22 del art. 75 de la C.N.²⁷ Sin embargo, el principio de legalidad resultaba violado tanto antes como después de la vigencia del Acuerdo Trip's, al pretender castigarse de este modo la copia ilegal de software. Con anterioridad la violación era manifiesta y no resistía el menor análisis, pero después ella subsistía de forma mucho más sutil, recayendo fundamentalmente sobre otra de las subconcreciones del principio de legalidad: el mandato de determinación (*lex certa*). Quedaba claro que el acuerdo Trip's no modificaba la situación, ya que la forma abstracta e indeterminada en que en su art. 10 introducía la protección jurídica de los programas de ordenador como obras literarias, en virtud del Convenio de Berna, no se compadecía con una adecuada técnica legislativa medianamente respetuosa del mandato de determinación. Y, por otra parte, el art. 61 que disponía que los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales, no implicaba una adhesión inmediata a la responsabilidad individual de las personas sino, como se dijo a la del Estado.

Por otro lado, un caso de interpretación extensiva –bastante pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia-, lo constituye la exégesis del término "*violencia física*" contenido en el art. 164 del Código penal.

Como a indicación de González Roura el término "*intimidación*" fue suprimido de dicha disposición en la discusión parlamentaria del proyecto de 1917, con el objeto de evitar una superposición o confusión entre el delito de robo y el de extorsión, quedaba de esta forma la violencia física para el primero y la intimidación para el segundo. Sin embargo, a poco andar esta noble intención resultó contraproducente pues algunos interpretaron, apegados al tenor literal y la voluntad del legislador, que quedaban fuera del tipo penal del robo los casos más graves, como quien intimidaba con un arma de fuego para lograr el apoderamiento de una cosa; y otros tantos en la extorsión, pues hacerse entregar no es lo mismo que apoderarse. No faltaron quienes propugnaron una doble laguna, es decir, quitar mediante coacción y hacerse entregar mediante fuerza física.²⁸ Hoy el día la doctrina y juris-

software no configuraba el delito previsto por el art. 72 de la ley 11.723. Este pronunciamiento fue confirmado por la Corte Suprema de la Nación el 23/12/97 (Diario La Ley del 11 de febrero de 1998).

²⁷ Cf. Miguel A. Emery y Marcelo García Sellart, "El software ¿obra protegida?", *E.D.*, 25 de febrero de 1998 y Ernesto O' Farrell, "La Corte y el "software"", *LL*, 10 de marzo de 1998.

²⁸ Recordemos que el art. 168 párrafo primero del Cód. Penal, que tipifica la extorsión propiamente dicha, sólo menciona el término "*intimidación*", no así el de "*violencia*", que sí aparece en la extorsión documental en el

prudencia, salvo contadas excepciones, son uniformes -utilizando una interpretación lógico-sistemática y teleológico-objetiva- en sostener que tanto en el robo como en la extorsión queda comprendida la intimidación, diferenciándose ambas conductas en la discontinuidad temporal que se produce en la segunda figura, no así en la primera. También existe un argumento de orden literal-sistemático de importancia, que enuncia que los arts. 164 y 166 inc. 2º del Código Penal expresan, en lo que aquí interesa, una sola norma y no pueden ser leídos de modo independiente cuando tratamos de determinar si la intimidación se encuentra comprendida dentro del concepto de "violencia física".

Algo similar sucede con el art. 177 del Código Penal que, de conformidad con su redacción típica, parece referirse a la quiebra culposa. De ser así se produciría un incongruencia estrictamente valorativa, en el sentido de que se castigaría la quiebra culposa y sería atípica toda quiebra dolosa que no fuera causada con fraude, ya que el art. 176 exige esto último para su configuración típica. Por ello muchos autores consideran comprendida la quiebra dolosa en la figura del art. 177.

Por último, existe un caso sumamente complejo por la sutileza de las argumentaciones que comentaremos brevemente. La reforma al delito de robo con armas (ley 25.882, B.O. 26/4/04) introdujo un último párrafo al art. 166 inc. 2º que en su primera parte establece que: "*...Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada... la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión...*". Este inciso puede descomponerse al menos en tres supuestos: *a.)* el empleo de un arma descargada; *b.)* la utilización de un arma cuyo mecanismo es inepto; y *c.)* que no se haya podido acreditar la idoneidad del arma o su capacidad para el disparo a lo largo de la investigación. Si cotejamos el Mensaje de Elevación con la Ley vigente podemos observar que no quedó plasmado en el texto lo mismo que se intentó decir, pues no es igual un arma de fuego de idoneidad no acreditada por ningún medio de prueba (Mensaje de Elevación), que arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (ley vigente). El texto legal refiere claramente a una imposibilidad probatoria, como por ejemplo un arma no secuestrada, o un peritaje que acredita el funcionamiento del arma, pero que es declarado nulo, no pudiendo reproducirse por falta de material probatorio. Es frecuente en la práctica que el arma con la cual se

párrafo segundo del mismo artículo, pero que debe entenderse de modo similar al de violencia moral o intima-

comete el atraco no es secuestrada, en cuyo caso si la víctima ha sido intimidada funcionaria la agravante ya que no se puede de ningún modo acreditar su funcionamiento, lo cual llevaría la conducta a la pena más grave que la del robo simple. Sin embargo, podría suceder que el arma se secuestre y perite, dando como resultado que estaba descargada o que resultaba inepta para el disparo, hecho que puede quedar probado fehacientemente. En dicho supuesto no parece tan claro que se pueda aplicar este último párrafo porque no es lo mismo no poder acreditar la aptitud para el disparo que probar que el arma no funciona, salvo que ella haya sido usada de modo impropio. Más allá de la "intención del legislador" y con independencia de los "criterios de justicia", la inclusión de estos supuestos en el párrafo final del art. 166 inc. 2º puede implicar un supuesto de analogía *in malam partem*.

CAPITULO 5: LA PROHIBICION DE LEYES PENALES Y PENAS INDETERMINADAS

Llegamos a la subconcreción que más nos interesa analizar del principio de legalidad y que, como dijimos, guarda íntima relación con la tratada en el capítulo anterior. La interrelación entre ambas consecuencias del principio de legalidad es tal que autores como Mir Puig (2004:116) las tratan conjuntamente bajo el postulado de *lex stricta*, en el sentido de que impone cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía *in malam partem*. A diferencia de lo que ocurre con la Constitución Alemana, que establece que la punibilidad tiene que estar legalmente determinada, nuestro art. 18 de la Carta Magna guarda silencio al respecto, aunque esa misma pauta se desprende de la finalidad del principio de legalidad. En sentido positivo esta función de garantía implica que los tipos penales deben redactarse con la mayor precisión o exactitud posible, evitando conceptos elásticos, dado que su razón finca en que la reserva de ley únicamente puede tener eficacia si la ley se expresa con tal claridad que evite cualquier decisión subjetiva o arbitraria del juez, lo cual permite, a su vez, garantizar al ciudadano que pueda saber de antemano qué comportamiento se encuentra prohibido y conminado con pena (Jescheck, 1993:122).

Para Maurach (1994:158/9) la determinación del tipo emana inmediatamente

ción, pues difícilmente pueda pensarse en una extorsión documental con violencia física.

del principio del Estado de Derecho y tiene su más importante ámbito de aplicación en el derecho penal, exigencia que se dirige al legislador y constituye el hilo conductor para la técnica legislativa. En este sentido, el uso de elementos descriptivos del tipo es más adecuado para precisar con claridad el ámbito de aplicación, no obstante la moderna técnica legislativa hace imprescindible la utilización de conceptos normativos que requieren ser llenados con un valor.

En este aspecto Bacigalupo (1999b:127) opina que en general se sostiene que los elementos normativos (por ejemplo "*obscenidad*") otorgan al juez una mayor libertad, pues requieren de una valoración para disponer del contenido aplicable, pero el legislador no quiere que el juez aplique sus valores personales sino los generales morales de la sociedad. El autor admite que la cuestión es discutible, e incluso los elementos descriptivos también requieren valoraciones para su comprensión. También refiere que la generalización reconoce límites a partir del momento que la disposición legal se convierte en una cláusula general, en la medida que no permita al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido.

Como dice Roxin (1997:169/70), una ley indeterminada o imprecisa poco puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal y porque es contraria al principio de división de poderes, ya que le permite al juez realizar la interpretación que quiera y de esta forma invadir la esfera legislativa. Más adelante explica que resulta indiscutido que por indeterminación las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales, citando el ejemplo del Tribunal Constitucional Bávaro que declaró nulo un precepto que establecía que: "*...el que infringere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros...*", por ser excesivamente indeterminado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la frase contenida en el § 360 "*grave desmán (o abuso)*" era suficientemente preciso. El autor nos aclara que ya nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones, constituyendo el punto neurálgico los conceptos necesitados de complementación valorativa, los cuales no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo (por ejemplo, "*móviles abyectos*", "*escasa cantidad*", "*violencia*", "*buenas costumbres*", "*mujer honesta*", "*banda*" etc.). En general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos, y que si las leyes sólo contuvieran

conceptos descriptivos, o bien serían infinitamente largas, o bien presentarían tal rigidez en su aplicación que producirían resultados sumamente desafortunados. No obstante, Roxin (1997:171/2) se preocupa por encontrar un límite, más allá del cual la indeterminación sería inconstitucional. Así, algunos entienden que las exigencias de determinación crecen junto con la cuantía de la pena prevista en el tipo, y la concreción de la jurisprudencia de una ley indeterminada satisface el mandato constitucional. Otro piensan que el legislador debe lograr la máxima precisión posible, es decir, si un concepto necesitado de complementación valorativa pudiera redactarse de forma más precisa, debería declarárselo inconstitucional. Todavía algunos creen, basados en la idea de ponderación, que los conceptos necesitados de complementación valorativa serían admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son preponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica. También se menciona respecto de estos conceptos que sólo se puede afirmar que concurren cuando lo admitan todas las interpretaciones defendibles. Finalmente, se ha dicho que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables a efectos de la limitación de la conducta punible en todo caso ha de superar el 50 %.

Esto último no resulta muy plausible sostener, pues los casos genéricos posibles que una norma comprende son prácticamente ilimitados, con lo cual resultaría imposible establecer que el número de los elementos típicos determinables a efectos de limitar la conducta punible ha de superar el 50%.

Roxin (1997:172) propone buscar la solución correcta por los principios de la interpretación del derecho penal, según los cuales un precepto será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador, y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. Por ejemplo -prosigue el autor-, en los tipos penales que refieren a los conceptos de "*injurias*" y "*otro móvil abyecto*" (§ 185 y 211), los requisitos de determinación se cumplen, pues en el caso del primero, la manifestación de desprecio sólo lograra su fin si ella es también entendida como tal; y en el del segundo, está claro que el fin de la ley radica en castigar más duramente a los homicidas especialmente reprobables, y la cuestión de qué motivos cabe considerar como tales es algo que se puede averiguar mediante interpretación por la equiparación que la ley hace con los móviles del "*placer en el asesinato*", la "*satisfacción del instinto sexual*" y la "*codicia*". No sucede lo mismo con el

mencionado caso del "desmán o abuso grave", pues no está claro el fin perseguido por el legislador y las posibles interpretaciones del concepto llegan al infinito. En otros casos sólo se podrá afirmar la constitucionalidad de un precepto si se hace una interpretación muy restrictiva.²⁹ De lo expuesto concluye el autor que no es cierto que el principio de determinación esté vacío de contenido: sólo habría que revisar, sirviéndose de los puntos de vista expuestos, cualquier tipo concreto en el que se planteen dudas, cuyo desarrollo sería una tarea que correspondería a la parte especial. Por supuesto que también el mandato de determinación abarca la pena y demás consecuencias del delito. Una norma penal que dijera "el que infringiere el bien común de modo intolerable será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos los múltiples artículos de cualquier Código Penal, pero sería un precepto nulo, ya que no permitiría reconocer qué características ha de tener la conducta punible. El juez es quien fijaría en este supuesto la conducta y no el legislador. Es por ello que el mandato de determinación se dirige esencialmente al legislador, siendo una consecuencia directa del principio de división de poderes.³⁰

²⁹ La descripción típica de las injurias y calumnias en los arts. 109/10 de nuestro Código Penal es perfectamente determinada. En cambio la situación era un poco más discutida con la redacción originaria del art. 80 inc. 2º, es decir, el homicidio agravado por alevosía, ensañamiento, sevicias graves o impulso de perversidad brutal. Si bien estas últimas dos agravantes del homicidio han sido derogadas por el decreto ley 17.567, durante su vigencia ocasionaron dificultades para determinar su significado. Así, Soler reconocía que no era simple la distinción entre el ensañamiento y la sevicia, interpretando que la agravación por sevicias parecía corresponder, al igual que el ensañamiento, a los casos en que para llegar a la muerte se empleaban medios conocida y deliberadamente crueles, en los cuales el delincuente se complacía. La diferencia estaría dada entonces en que dicha crueldad del medio aparece gradualmente desplegada hasta llegar a la muerte en la sevicia, mientras que en el ensañamiento se produce cuando la víctima no está en condiciones de defenderse. Por su parte, Nuñez entendía que las sevicias eran malos tratos que, al repetirse, producían la muerte de la víctima, y que subjetivamente eran compatibles con el dolo eventual de homicidio. En similar sentido, González Roura estimaba que las sevicias implicaban una repetición de sucesos y de cierta duración de tratamientos inhumanos encaminados a causar la muerte más o menos próxima. Carnelli pensaba que eran actos de excesiva crueldad ejercidos sobre la víctima y no comprendidos en el ensañamiento por falta de dolo específico. Para Moreno significaban sencillamente crueles y malos tratamientos. Gómez opinaba de modo similar a Moreno, aunque la cuestión para él fincaba en establecer si las sevicias implicaban sólo malos tratamientos físicos o también morales, inclinándose por la admisión también de estos últimos. Para Molinario, sevicias graves y ensañamiento eran lo mismo, solución que adopta la reforma de 1968 suprimiendo las sevicias del Código. Respecto del homicidio agravado por impulso de perversidad brutal, la cuestión tampoco era pacífica, pues mientras algunos entendían que la agravante se daba cuando el homicidio se cometía sin causa que lo justifique (Ramos), otros requerían un estímulo inhumano en la mente del autor, lo cual se diferenciaba de la simple ausencia de motivos determinados para matar a una persona dada (Nuñez). La exposición de motivos del Proyecto de 1891 declaraba que lo tomaba del Código Penal italiano como análoga en gravedad al ensañamiento. También se lo ha definido como un homicidio carente de motivos (Carrara; Soler), no faltando quienes alegaran un motivo totalmente desproporcionado o fútil (Ramos). Los ejemplos traídos a colación sólo tienen por fin ilustrar sobre las dificultades interpretativas que provoca la inclusión en el tipo legal de ciertos conceptos normativos o valorativos, sin perjuicio de la solución "correcta" si es que la hay. Por otra parte, sólo basta consultar la doctrina actual, pese a la mayor o menor uniformidad, para darse cuenta de las dificultades que provocan los otros conceptos vigentes como "ensañamiento", "alevosía" u "otro procedimiento insidioso".

³⁰ Claro que en alguna medida también se dirige al juez que tiene que interpretar los dichos del legislador y, eventualmente, declarar su compatibilidad o no con la constitución.

Para Muñoz Conde y García Arán (1996:107) el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todos los matices en que se expresa la realidad, y debe acudir en ocasiones a términos amplios que deben ser concretados por los jueces mediante la interpretación de las normas, pues es imposible que la ley enumere todas las posibles formas de aparición de una situación.

Claro que ello no es posible tomarlo en sentido estricto, pues cuando el legislador utiliza términos generales no se refiere a casos particulares, y por medio de los primeros se pueden abarcar todas las posibles situaciones, de lo contrario parecería que la legislación sería imposible.

Rodríguez Mourullo (1978:61/2) relaciona la cuestión con la técnica legislativa, imponiéndole al legislador la prohibición de dictar leyes penales indeterminadas, pues si se introducen cláusulas vagas y omnicomprensivas el reconocimiento del principio de legalidad quedaría reducido a pura afirmación farisaica. De lo expuesto se deriva -a su entender- que el legislador no deberá hacer uso de la técnica del reenvío, remitiendo la decisión, en definitiva, al Poder Judicial o Ejecutivo, aunque admite que en ocasiones, por la propia naturaleza de la materia objeto de regulación, los tipos sólo pueden estar determinados en parte, debiendo ser completados por la valoración del juez o integrados por una disposición administrativa, como por ejemplo las modalidades constitutivas del escándalo público. Por otra parte, entiende que la ley penal debe revestir las notas de claridad y exhaustividad en la descripción del presupuesto y ser precisa al señalar la consecuencia.

Stratenwerth (1976:32) admite que el contenido significativo de un concepto no se puede precisar con absoluta seguridad, la ley sólo puede ser exacta en mayor o menor medida, y esta medida es a su vez mensurable.

Jakobs (1997:91/9) entiende que la regla de precisión de la determinación legal disminuye al aumentar la generalidad de lo regulado. Quien se enfrente a la aplicación del Derecho en la parte general y, sobre todo, en la teoría de la imputación, tiene que precisar en mayor medida que en la parte especial. El autor agrega que en las reglas generales de la imputación están permitidas complementaciones de los preceptos legales en tanto que no los contradigan. En cambio, en la parte especial sólo están permitidas las

complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto que se correspondan con los preceptos legales, pues no cabe introducir regulaciones no determinadas legalmente sino hacer aplicables las existentes. Con relación al legislador, Jakobs expresa que le está vedado conminar con pena un comportamiento indeterminado. La determinación de los tipos de la parte especial hay que plantearla de modo que la norma en su conjunto conduzca a resultados sistemáticamente adecuados. La propia ley tiene que cerrar el paso al abuso para fines de regulación ilegítimos. Ello no implica que se tenga que renunciar a cláusulas que se adapten elásticamente a los cambios del orden social, pero no está permitido que a través de cláusulas generales se pueda convertir la ley en una norma en blanco que remita a su vez a las normas necesarias para la convivencia. Asimismo, en los tipos delictivos ha de evitarse la indeterminación innecesaria. El principio de legalidad exige una determinación legal e interpretativa. Por otra parte, afirma que no hay un declive de determinación desde los elementos descriptivos del delito, sobre todo de los elementos del tipo descendiendo hacia los normativos. Elementos normativos como "*ajeno*" o "*extramatrimoniales*" son sumamente determinados. Asimismo, todos los elementos del delito, incluidos los descriptivos, están delimitados normativamente y en los supuestos extremos incluso indeterminados (¿concluye la vida humana con la muerte cerebral?). Sí hay un declive desde la protección de los bienes y objetos de ataques clásicos, descendiendo hacia la protección de posiciones y oportunidades cuyo menoscabo es socialmente adecuado. En estos bienes la ley caracteriza elementos del orden, pero retira la determinación en relación con numerosos supuestos o la delega en la jurisprudencia. En estos supuestos la regulación es inconstitucional sólo cuando en los elementos fundadores de la punibilidad cabe configurar con precisión los elementos del orden reduciéndolos a su núcleo, o cuando es posible derivar los elementos que impiden la punibilidad de un principio general. Jakobs entiende como un problema de complejidad el tratamiento de la mención indeterminada de cantidades relativas a la medida de los resultados, como por ejemplo los términos "*considerablemente*" o "*muchas personas*". También desarrolla el tema relativo a las cláusulas generales que mencionan valoraciones jurídicas, las cuales según la opinión dominante sólo se podrían complementar mediante valoraciones indiscutidas.

Eser - Burkhardt (1995:52/9) se ocupan detenidamente del tema. Para los autores alemanes no se debe extremar el mandato de determinación al punto de que las

leyes se tornen extremadamente rígidas y casuísticas y no se puedan adecuar a la evolución de la vida, por lo que el legislador no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descriptos formalmente con total exactitud, y que por ello necesitan en cierta medida de la interpretación judicial. Por tal motivo, no serían necesariamente inconstitucionales las cláusulas generales o los conceptos indeterminados que requieran valoración, siempre que sea posible establecer para la interpretación y aplicación de la norma, utilizando métodos de interpretación conocidos o sobre la base de una consolidada jurisprudencia, de modo que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer el valor jurídico protegido por la norma penal y la prohibición de determinados comportamientos, así como la posible reacción estatal. Por otra parte, la determinación de un precepto penal puede depender de quiénes sean los destinatarios, pues si éste se dirige a personas respecto de las cuales se puede suponer que en razón de su formación o experiencia práctica posean determinados conocimientos técnicos, no existe mayor problema. En dicho aspecto la jurisprudencia alemana -analizan los coautores- ha establecido ciertas directrices que pueden dividirse en tres puntos:

1.) no existe un grado de determinación con validez general, pues ello depende de la especialidad de cada supuesto típico en particular y de las circunstancias que dieron lugar a dicha regulación;

2.) la determinación del supuesto de hecho típico no puede referirse ni a una exclusión total de ambigüedad, ni a la exclusión de valoraciones, pero tampoco presupone la sola utilización de elementos descriptivos, ni una descripción exacta, sino que es compatible con los conceptos normativos, cláusulas generales y otros conceptos que requieren una valoración para ser aplicados. Ello es inevitable, ya que las descripciones puras sólo existen en las matemáticas y la ley siempre requiere valoraciones;³¹

3.) ¿Qué criterios se deben exigir para la determinación?

a.) La previsibilidad de la aplicación judicial, cuando una interpretación va más allá del sentido de las palabras del precepto para comprender la punibilidad de un comportamiento, ella no puede pesar sobre el ciudadano. Dicha previsibilidad debe surgir de los métodos de interpretación usuales, especialmente basados en jurisprudencia consolidada y, por otro lado, en la posibilidad de cálculo sobre la base del conocimiento específico de la

³¹ Incluso la ley de la gravitación universal carece también de elementos valorativos.

materia para el destinatario de la norma.

b.) Otro punto de apoyo debe ser el criterio de la decisión valorativa, pues aún cuando la apreciación de una fórmula necesitada de cierta valoración sea previsible, no puede el legislador dejar a cargo del juez una decisión valorativa que puede y tiene que tomar, so pena de lesionar el principio de prohibición de retroactividad y de división de poderes.

c.) Si el legislador pudiera concretar su materia sin dificultades abarcando casuísticamente los casos que necesitan regulación, entonces se podría evitar la indeterminación. Si en esos casos no se lograra dicha concreción entonces se vulneraría el principio de legalidad.

d.) También resulta importante el principio de proporcionalidad desde dos puntos de vista: por una lado la ley debe determinar con mayor precisión cuanto más grave sea la pena amenazada y, por el otro, debe existir la proporcionalidad entre la necesidad de una protección del bien jurídico que no se pueda realizar de otra manera.

e.) Por otra parte, la reserva de ley -según la cual sólo se puede imponer pena sobre la base de una ley sancionada conforme las formalidades exigidas para ellas-, impone al legislador determinar los presupuestos de punibilidad, no pudiendo delegar ello a los órganos ejecutivos.

Ferrajoli (1998:95/6) distingue el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad. Mientras el primero se limitaría a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el segundo exigiría todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. De ahí se sigue que el principio de mera legalidad sería la condición de la vigencia o existencia de las normas, cualesquiera sean sus contenidos, y el de estricta legalidad o taxatividad de los contenidos sería condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes. Por otra parte, la mera legalidad sería una norma dirigida a los jueces, mientras que la estricta legalidad sería una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decibilidad de la verdad de su enunciación.³²

³² El autor deja en claro que la diferencia entre legalidad estricta y lata es una cuestión de grado, dependiendo del grado de taxatividad o determinación empírica de los supuestos típicos penales y de su campo de denotación o aplicación (1998:113).

En el primer sentido el principio de legalidad se identifica con la reserva de ley entendida en sentido formal, y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes; en el segundo se identifica con la reserva absoluta de ley entendida en sentido material, y prescribe que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso. Sólo en la medida en que se satisfaga este segundo principio, la motivación jurídica de una sentencia puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o falsa y cómo válida o inválida. Agrega Ferrajoli (1998:121/2) que el presupuesto necesario de la verificabilidad y de la refutabilidad jurídica es que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito sean lo suficientemente precisas como para permitir en el ámbito de aplicación de la ley la denotación jurídica de hechos empíricos exactamente determinados. De esta forma, caracteriza al principio como una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: *a.)* que los términos usados por la ley sean dotados de extensión determinada, para que sea factible su uso como predicados verdaderos de los hechos empíricos por ellos denotados; *b.)* que con dicho fin sea connotada su intensión con palabras más claras y precisas en lo posible; y *c.)* que sean excluidas las antinomias semánticas o, al menos, predisuestas normas para su solución. Ferrajoli expone que en los sistemas penales evolucionados estas características esenciales pueden ser identificadas con lo que los penalistas llaman *elementos constitutivos del delito*. Cualesquiera que sean dichos elementos, existe un nexo metalógico entre la precisión de su connotación legal y la determinabilidad de su campo de denotación; entre legalidad y verificabilidad; entre convencionalismo y empirismo penal y entre rigor semántico del lenguaje legal y congnotivismo judicial. Dichos nexos fueron comprendidos por la mayoría de los autores del Iluminismo, aunque con el ingenuo optimismo derivado de la total falta de una adecuada teoría del significado, que puede ilustrarse en la frase de Beccaria: "*Donde las leyes son claras y precisas el oficio del juez no consiste más en que asegurar un hecho*". Claro que, como explica Ferrajoli, este ideal nunca es plenamente alcanzable, pues siguiendo a Hart, sostiene que en todas las leyes existe junto a un núcleo "*luminoso*" una zona de "*penumbra*" que cubre los casos en los que las palabras de la ley no son obviamente aplicables pero tampoco claramente excluibles. Sin embargo, esta penumbra puede ser reducida o aumentada hasta la claridad más completa. Es por ello que la certeza jurídica, aún cuando

sea un mito si se la entiende como perfecta correspondencia, puede ser en realidad mayor o menor según el lenguaje sea preciso o vago, denote hechos o exprese valores y esté libre o no de antinomias semánticas. Ferrajoli trata de aclarar la cuestión con algunos ejemplos del Código Penal italiano: menciona así el hurto agravado cuando resulta cometido por tres o más personas (art. 625 n° 5), y el hurto agravado cuando el culpable usa violencia sobre las cosas (art. 625 n° 2). En el primer tipo penal refiere que se hace referencia a una circunstancia exactamente denotada, mientras que en el segundo la circunstancia mencionada es vaga e indeterminada, sujeta a múltiples interpretaciones asociables a las palabras "violencias" y "cosas".³³ Más adelante Ferrajoli (1998:378 y ss.) añade que mientras el principio de mera legalidad es un principio general de derecho público, el de estricta legalidad es una garantía que se refiere sólo al derecho penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos. Se explica así cómo el principio de mera legalidad se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano por un acto legislativo, mientras que el principio de estricta legalidad exige que la ley penal esté dotada de exigencias empíricas para que sea posible su explicación en proposiciones verificables y presupone todas las demás garantías, las penales de la materialidad de acción, lesividad del resultado y culpabilidad, y las procesales de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa. Estas dos versiones del principio de legalidad son, para el autor, aplicables a los demás sectores del ordenamiento jurídico. Por otra parte, Ferrajoli vincula el principio de estricta legalidad con la prohibición de analogía, en la medida en que se pueda afirmar de conformidad con la estricta legalidad que los preceptos penales son verdaderos o falsos (recordemos que para el autor esto es una cuestión de grados), respecto de los hechos que se examinan, resultando obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. De ello deriva el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales.

³³ Obsérvese, sin embargo, que en nuestro derecho también tenemos normas de similar factura al art. 625 n° 5 de la legislación penal italiana, como los arts. 80, inc. 6°, 119 ap. d), 142 bis, inc. 6°, 167 quater, inc. 6°, entre otros. De hecho el derogado art. 163 inc. 9° del Código Penal (introducido por el decreto-ley 17.567/1.968), tipificaba al hurto como agravado cuando era cometido por dos o más personas. No obstante esta aparente claridad, existen diversas dificultades interpretativas para fundar la agravante, pues puede implicar una simple pluralidad o requerir algo más: una mínima organización entre sus comitentes, un pacto previo, una distribución de trabajo o roles, etc. Por otra parte, si bien no se encuentra en nuestra legislación un ejemplo de similar característica a la del art. 625 n° 2 del Código italiano, los conceptos de "cosa" y "violencia" -esta última asociada al robo (art. 164)- han sido pacíficamente interpretados por la doctrina y jurisprudencia argentinas de los últimos sesenta años.

Zaffaroni (2000:110 y ss.) opina que aunque la ley se exprese en palabras y éstas no sean totalmente precisas, no por ello debe renunciarse al principio de legalidad, sino que es necesario exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal. Cuando los límites legales no se establecen de esa forma, cuando se prescinde del verbo típico, cuando se establece una escala penal de amplitud inusitada o se remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, quedan dos caminos: declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa. En principio, sostiene el autor, debe optarse por la inconstitucionalidad cuando la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa resulta demasiado artificiosa, es decir, cuando carece de todo apoyo legal o debe hallarse en un ámbito muy lejano, o cuando la ley contiene una irracionalidad irreductible que no responde a un notorio error material. También refiere, como dijimos más arriba, al principio de interpretación restrictiva que se expresa en un segundo momento puramente interpretativo, ya que dentro del alcance semántico de las palabras puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado, y sólo en casos muy excepcionales la regla general de interpretación restrictiva (*in dubio pro reo*) cede ante otra más amplia.

Desde diferente óptica Rawls (1993:274/5) sostiene que si el precepto *nullum crimen sine lege* es violado, siendo las leyes vagas e imprecisas, lo que estamos en libertad de hacer es también vago e impreciso.

Para Hassemer (1984:314/9) el mandato de certeza es la forzosa consecuencia del hecho de que un sistema jurídico se organice sobre codificaciones, es decir, sobre leyes escritas. La ley formulada con precisión constituye un interés primario para el legislador: no habría, pues, ni siquiera que recomendársela. Sin embargo hay casos en que el legislador no quiere la *lex certa*, y esto es algo inevitable ya que frente al clásico entendimiento de determinación de los valores irrenunciables de la vida comunitaria, se impone también el criterio de la dirección social, de la intervención política interna. Hassemer piensa que aparece aquí el conflicto entre el deseo de progreso y el deber de mantenimiento que existe en el sistema jurídico-penal. Otra de las razones por las cuales el legislador puede no querer la *lex certa* es que en numerosas situaciones no existe la voluntad del legislador, pues la leyes penales son compromisos cuyo contenido afecta a estratos profundos de la persona-

lidad, y en sus preceptos se adoptan a menudo una posición intermedia que no representa la opinión de los partidos que se encuentran más bien en los extremos. Sin embargo, el autor se encarga de aclarar que el mayor peligro para el mandato de certeza proviene en realidad de la capacidad del legislador para hacer leyes precisas, pues tiene que resolver al mismo tiempo dos tareas diferentes y contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a cambios futuros, y tiene que redactarlas de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a casos que no han sido imaginados. Toda decisión que haya que tomar entre flexibilidad y precisión es problemática. En este sentido, depende de la *lealtad de la jurisprudencia*. El punto medular radica entonces para Hassemer en la dirección que debe tomarse cuando el tenor literal de una norma no coincide con su sentido, con su contexto sistemático, con las metas del legislador o con los límites de la Constitución. Y esto depende del criterio interpretativo que se tome (gramatical, objetivo, teleológico, sistemático o histórico). Por otro lado, el legislador ha encontrado una inteligente salida entre flexibilidad y precisión mediante la técnica del método ejemplificativo.

Al respecto queremos brindar dos dificultades interpretativas que se han producido en nuestro derecho, vinculadas con lo expuesto por Hassemer. Existen en el Código Penal Argentino dos normas penales que mantienen su redacción originaria (ley 11.179/1.921) y que han provocado enormes problemas interpretativos: el delito de robo con homicidio (art. 165) y el robo agravado por su comisión en lugar poblado (o despoblado) y en banda (arts. 166 inc. 2º y 167 inc. 2º). Con relación al primero, la doctrina y jurisprudencia dominante hasta los años sesenta sostuvo, basada en una interpretación histórica o en la voluntad del legislador, que el término homicidio contenido en el art. 165 implicaba tanto un actuar doloso como culposo y preterintencional. A partir de dicha época, la situación se fue modificando y en la actualidad la doctrina dominante, basada en una interpretación básicamente sistemática, sólo cree comprendido en dicha disposición al homicidio doloso. Más patente es el caso del análisis del concepto de "*banda*" en los arts. 166 inc. 2º y 167 inc. 2º, que hasta los años sesenta fue concebido como un concepto similar al de la asociación ilícita (art. 210 del Código Penal) pues los intérpretes, atados a un interpretación histórica, razonaron en función del proyecto de despacho de las Comisiones de Códigos y de Justicia Militar del Senado, que establecía que: "*...La banda. – Según el*

artículo 78, es la asociación de dos o más individuos para cometer delitos determinados; la ley artículo 210 es la asociación de tres o más personas para cometer delitos determinados o indeterminados... La banda cuya noción da el artículo 210, debe ser la misma de que tratan los artículos 166, 167 y 184, porque de no ser así, esa palabra tendría dos acepciones: la del artículo 78 y la del artículo 210, y por consiguiente suprimiríamos la contenida en el artículo 78...". Apegadas a esta exposición, la jurisprudencia y la doctrina sostuvieron durante los primeros cuarenta años de la vigencia del Código que para cometer un robo en banda era necesario primero que se configurara el delito de asociación ilícita. Las dispares consecuencias que provocaba este criterio hicieron que se lo modificara, proponiéndose diversas interpretaciones que podemos categorizar como intermedias, y que en la actualidad se han ido imponiendo.

Los juristas suelen decir que una correcta técnica legislativa debe huir de los conceptos excesivamente vagos y de enumeraciones excesivamente casuísticas, que no permiten abarcar todos los matices de la realidad. Claro que el punto justo suele ser difícil de determinar. En este sentido, el legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción jurisdiccional pero cuyo significado genérico se desprende de la propia ley o es deducible de su finalidad. Ello no ocurre en los tipos abiertos, en los que la frontera de la conducta punible es absolutamente difusa. En este sentido, por ejemplo, se conocen dos diferentes sistemas legislativos para regular las defraudaciones. Por un lado, el sistema casuístico del Código francés, que define una por una las diferentes estafas y abusos de confianza, fuera de las cuales no existen defraudaciones. Por el otro, el sistema conceptual del Código Suizo, que contiene una denominación genérica de similar contenido a la del art. 172 de nuestro Código. Nuestro legislador optó por un sistema mixto o intermedio, que en el artículo 172, al describir la figura genérica de la estafa, señala como medios de cometer el delito el nombre supuesto, la calidad simulada, los falsos títulos, la influencia mentida, el abuso de confianza y la apariencia de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, pero seguidamente establece "*o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*". Los quince incisos que establecen diferentes figuras delictivas en el artículo siguiente, como los seis incisos que regula el art. 174, no hacen más que especificar el ardid en los supuestos de estafas, o describir abusos de confianza o, en fin, precisar figuras de una naturaleza mixta o *sui generis*. Si en la actualidad debiéramos precisar todas las modalidades

defraudatorias que pueden producirse quizás no alcanzaría la totalidad de los preceptos de la parte especial para abarcar semejante empresa y, de seguro, alguna maniobra defraudatoria quedaría fuera de tipificación.

Otro caso particularmente complejo, que vincula tanto el mandato de determinación como la prohibición de analogía, lo constituyen los delitos impropios de omisión. La doctrina no se pone de acuerdo en su definición, y menos aún en un criterio que los diferencie de los delitos propios de omisión. No obstante, existe una clasificación bastante difundida que entiende que los primeros no se encuentran tipificados en la ley, mientras que los segundos sí (Baumann, Bacigalupo, A. Kaufmann, Novoa Montreal, Schönke-Schöder, Welzel).³⁴ Dada la complejidad de la cuestión, que para nada ha quedado zanjada en la actualidad, no podemos discutir ampliamente en este trabajo dicha problemática. Sin embargo, podemos afirmar que si entendemos que los delitos de omisión impropia no están regulados por la ley, el punto de conflicto se presenta con la prohibición de analogía. Si admitimos que se encuentran legislados de una u otra forma, incluso mediante una cláusula genérica, el problema se presenta en la forma de limitar inequívocamente el círculo de autores mediante la fórmula de la posición de garante, lo cual puede entrar en conflicto con el mandato de determinación. Para Zaffaroni, que admite los tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos (cfr. los Códigos Penales de Austria, Alemania, Brasil, España y Portugal), resultando ello atentatorio al menos del principio de estricta legalidad.

Otro interesante ejemplo lo constituía la antigua redacción del art. 128 del Código Penal argentino, que castigaba la publicación, fabricación o reproducción de libros, escritos, imágenes u objetos *obscenos*, así como a los que los expusiere, distribuyere o los hiciere circular. A raíz de una condena sufrida por varios coimputados en los términos de dicha norma penal, la defensa interpuso recurso extraordinario en el entendimiento de que tal precepto infringía la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues el término "*obsceno*" posee una indeterminación tal que hace imposible conocer con anterioridad si la publicación, la imagen o el objeto resultarán o no obscenos, agregándose que si el

³⁴ Para Zaffaroni (2000:548) la nota diferencial de los delitos impropios de omisión consiste en que, al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan respecto al bien jurídico en lo que la doctrina llama posición de garante. De esta forma, la distinción se da entre omisiones cualesquiera y omisiones de los garantes.

juez califica la publicación se transforma en legislador. La CSJN resolvió³⁵ que: *"...El principio de legalidad en materia penal exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, razón por la cual corresponde determinar si en el caso aparecen cumplidos dichos recaudos, o, ciñendo más estrictamente la cuestión, si así ocurre respecto del primero de ellos, ya que es sólo sobre la base de su presunta ausencia que se formula el planteo... el art. 128 satisface dicho requisito, pues, según lo ha declarado el tribunal, si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición, la 'ley previa' no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existiendo obstáculo constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de consustancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural... es un tema específico del poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio, la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso, y, además, porque dicha función interpretativa no queda proscripta por la naturaleza penal de la norma en cuestión, aún cuando la atribución encuentre límite solamente en la necesidad de que el ordenamiento contenga una suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto..."*³⁶

³⁵ Cfr. CSJN, "Mussotto, Néstor J. y otros s/ art. 128 del Cód. Penal", sent. del 29/9/87, en Fallos, 310:1909; ver también Fallos 293:157, 294:386 y 298:317.

³⁶ De opinión diferente, el Dr. Campos en un voto como integrante de la sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, ha dicho que: *"... el art. 128 no explicita el contenido de lo prohibido... violando el principio de ley previa, no en un sentido puramente estático como requisito formal de carácter meramente temporal, sino con un dinámico sentido de potencial conocimiento de la ley penal, por quien luego puede ser penado en función de lo expresado en la mismas... si se cercena esta posibilidad o si ella se hace ilusoria, por el contexto indeterminado de la definición del ilícito, que discrecionalmente debe ser completado no ya como en las figuras culposas, a través de normas de cuidado, sino de calificaciones que respondan a pautas morales y no jurídicas, se estará vulnerando esta posibilidad, por cuanto quien actúa antes de la intervención judicial, no puede adivinar cuál será el juicio calificador del juez que le toque la suerte intervenir..."* (sent. del 2/5/86). Si bien la norma en cuestión ha sido modificada por la ley 25.087 (B.O. 14/5/99), la cuestión no ha perdido vigencia ya que el art. 129 del catálogo penal actual castiga a quien ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones *obscenas*. También resulta de atractivo desarrollo el voto en minoría de la Dra. Ledesma, de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, *in re "García, Ariel E."*, sent del 16/05/2006, publicado en la Revista jurídica *La Ley* online, quien sostuvo: *"...Que el principio rector de un estado de derecho, es el de legalidad sustantivo (nullum crimen sine lege) que constituye una garantía en favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las distintas conductas contenidas en la ley penal (cfr., al respecto, entre otros, Schöneman, Bernd: Nulla poena sine lege?, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1978, p.4 y ss.; Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3ª ed. Beck, München, 1997, p. 98 y Mir Puig, Santiago: Derecho Penal, parte general, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 2000, p.78). De esta manera se receptan tanto, el axioma de mera legalidad que exige una ley como condición necesaria de la pena y del delito, como (...) el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como*

Otro supuesto sumamente problemático es el art. 238 inc. 4º del Código Penal que agrava el atentado "...Si el delincuente pusiere manos en la autoridad...". Dicha disposición ha sido interpretada de diversas formas, incluso se ha llegado a postular su inconstitucionalidad debido a su indeterminación. Sin embargo, parece que la diferencia entre la figura básica (art. 237) y la calificada es de grado o intensidad en el uso de la fuerza. Si se entiende que el fundamento de la agravante recae en el mayor disvalor de acción que provoca la agresión directa del sujeto activo que, mediante golpes de puño, le exige al funcionario público la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones, no se observan objeciones respecto del principio de máxima taxatividad interpretativa, máxime cuando es posible distinguir claramente esta conducta de la figura básica, donde basta el

condiciones necesarias de la legalidad penal (...) la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes' (Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 95). De lo expuesto, se puede concluir que constituye, entonces, una garantía constitucional de primer grado. Ello así, en razón de que, desde esa perspectiva, se trata de la legitimación de la intervención de los derechos de los ciudadanos' (Bacigalupo, Enrique: Principios constitucionales del derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 48). Es así que, cualquier interpretación que se pretenda de una norma penal debe ser la más fiel y estricta del texto legal pues, como señala Jäger, '(c)uando el resultado de una interpretación conlleva exceder el posible sentido del texto de la ley en perjuicio del autor, entonces podemos considerar que ha traspasado la frontera de la interpretación permitida y se ubica en los terrenos de la analogía prohibida' (Problemas fundamentales del derecho penal, traducido por Enrique Díaz-Aranda en 'Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal', Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 34). A su vez, al momento de interpretar la norma debemos llegar a ella desde estos principios constitucionales, pues de lo contrario estaremos intentando ubicar o adecuar un determinado tipo penal para cubrir las distintas modalidades delictivas que se presentan en cada caso en concreto —tarea propia del poder legislativo— o pretender decir a la norma lo que ella no expresa. Dentro de estas exigencias la función del juzgador también debe ceñirse al apego de aquel principio, pues es al momento de dictar sentencia donde la vigencia de aquél debe cuidarse celosamente. Cualquier interpretación que se aleje de la estricta legalidad llevará a una violación del principio nullum crimen sine lege stricta. Sumado a ello, la jerarquía de leyes prevista en nuestro ordenamiento legal, es otra pauta interpretativa '(1) a supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden derivado, que se escalona en planos distintos. Lo más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución (...) Dada la estructura federal de nuestro estado (...) la constitución prevalece sobre todo el orden jurídico político del estado (...) (Bidart Campos, Germán, ¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio? en LA LEY del 5 de diciembre de 2001, p. 10. En el mismo sentido, en la doctrina alemana, Larenz, Karl: Der Richter als Gesetzgeber? en AAVV 'Grundfragen der Gesamtem Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag', Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, p. 31 y ss.). Es más, conforme lo sostienen Zaffaroni-Alagia-Slokar cuando nos encontramos ante un supuesto —por un error legislativo o por las características propias del lenguaje— en donde no se ha cumplido con una adecuada precisión en el tipo penal, se puede adoptar dos soluciones posibles, la declaración de inconstitucionalidad o la aplicación del principio de máxima taxatividad interpretativa. Siendo que la elección entre ambos, como se sabe, no puede ser arbitraria, pues la opción de la tacha de inconstitucionalidad debe estar presente cuando la máxima taxatividad interpretativa resulta demasiado artificiosa. Este principio, se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem y en este sentido la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra (Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, 'Derecho Penal, Parte General', Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 118)....".

simple ejercicio de la fuerza, el cual puede producirse mediante un simple empujón o forcejeo.

Por último, no podemos terminar este capítulo sin comentar tres recientes y sugerentes trabajos de Moreso, Navarro-Manrique y Ferreres Comella sobre el tema, especialmente el de este último que se ha explayado ampliamente en un medular análisis.

El primero de ellos (2001:525 y ss.), refiriéndose al principio de taxatividad, lo descompone en tres aspectos a saber: *a.)* la prohibición de retroactividad, *b.)* la reserva de ley y *c.)* la exigencia de certeza o determinación. Moreso dice que a menudo se afirma que el principio de taxatividad exige que las leyes penales contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos que sea posible, lo cual implica que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales sea reducida en la mayor medida posible. Sin embargo, menciona que para saber si un comportamiento humano está penalmente prohibido no basta con determinar que dicho comportamiento es una instancia de un caso genérico descrito por una disposición penal, sino que hace falta también establecer que no sea una instancia de los casos genéricos descritos en las causas de justificación, pero éstas están descritas muchas veces mediante términos imprecisos y valorativos, lo cual conduce al siguiente trilema: o bien proponemos una redacción de las causas de justificación que respete el principio de determinación; o bien proponemos un derecho penal sin causas de justificación; o bien limitamos el alcance del principio de taxatividad para que no incluya, o para que incluya de manera atenuada, las causas de justificación. Por otra parte, el autor menciona que la exigencia del principio de taxatividad puede ser entendida en dos direcciones, como una reducción de la vaguedad de los conceptos usados o como una preferencia por el uso de conceptos descriptivos. Pero existe plena conciencia de que la vaguedad o la indeterminación semántica es un rasgo ineliminable de nuestros conceptos generales, porque siempre aparecen casos marginales de la aplicación de un concepto general y porque nuestro mundo es de tal manera que no está constituido por un número finito de propiedades. Estos rasgos son tenidos en cuenta cuando se considera el principio. La determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y cuál deba ser el grado exigible. Más adelante Moreso agrega que la precisión de las leyes es parte del ideal de certeza del Derecho, pues sólo

leyes claras, precisas y cognoscibles por sus destinatarios permiten a los seres humanos elegir y trazar sus planes de vida con garantías. La exigencia de certeza tiene una doble dimensión: por un lado se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas y, por el otro, se dirige a reducir la discreción de la policía para arrestar y de los jueces para condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales. El autor se pregunta si la exigencia de certeza ha de ser llevada al extremo, contestando negativamente la cuestión ya que el casuismo es desaconsejable porque las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que justifica tener esa regla no abarca, y excluyen algunos que la razón que justifica la regla exigiría que estuvieran incluidos. Cuanto más se aleja la formulación de la regla de su razón justificante, mayor es el peligro de sobre o infrainclusión. Asimismo, se le presenta el siguiente problema: formular la razón justificante y dejar un amplísimo margen a la discrecionalidad del encargado de hacer cumplir la regla o formular la regla de una forma más alejada de su razón justificante pero con conciencia clara de que incluiremos casos no previstos por la razón justificante y excluiremos otros casos que sí estaban previstos. Parece obvia la opción por la segunda vía, ya que cuanto más detallada y casuista sea nuestra formulación, más peligro de infrainclusión habrá. El problema de la infrainclusión es menor para él en el Derecho Penal, pero es muy importante el de la sobreinclusión. En fin, el autor opta por la tercera pata del trilema.

Navarro - Manrique (2007) sostienen que la exigencia de taxatividad implica que la imputación de responsabilidad penal no sólo debe justificarse en leyes expresamente formuladas, sino que estas normas tienen que indicar con precisión qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente. Las dificultades para implementar esta dimensión del principio de legalidad comienzan con la limitada precisión del lenguaje. Los autores distinguen entre estrategias internas y externas para la interpretación de la taxatividad. Para las internas, la verdad de un juicio de taxatividad se basa exclusivamente en un *hecho semántico*, es decir, sostener que la exigencia de taxatividad requiere que el legislador redacte sus normas de la manera más precisa posible. Para las estrategias externas, el criterio para determinar si una formulación supera la exigencia de taxatividad es un *hecho externo* a la relación semántica entre una formulación y su significado. Por ejemplo, algunas veces se señala que al momento de evaluarse si una ley se adecua a las

exigencias de taxatividad hay que analizar la gravedad de la sanción impuesta; es decir: a mayor pena, mayor exigencia de precisión. Agregan que los desarrollos contemporáneos no ofrecen una reconstrucción plausible de esta exigencia, ya que las estrategias internas se basan en una comprensión deficiente de la naturaleza del lenguaje y las externas son incapaces de explicar la relevancia normativa de la taxatividad. Refieren que las estrategias internas y externas son interpretaciones de la exigencia de taxatividad que procuran encontrar un criterio racional para decidir en qué ocasiones las leyes no son suficientemente precisas, señalando que aun cuando tuviésemos una estrategia exitosa para decidir acerca de la precisión, restaría avanzar sobre la naturaleza conceptual de este requisito. Manifiestan que no se debe asumir sin mayor discusión que la exigencia de la taxatividad es un "*principio*" sólo porque los juristas acostumbran a nombrarla de esa manera. Por ello, es importante esclarecer si se trata de una regla o de un principio. La diferencia entre ambos modos de regular la conducta es central para evaluar si el legislador cumple con sus deberes institucionales, ya que las reglas imponen una solución perentoria a los casos a los que se aplican, mientras que los principios dan buenas razones para decidir de una cierta manera. Si la exigencia de taxatividad fuese una regla, entonces es imperioso conocer sus condiciones de aplicación para poder usarla como criterio de corrección de las acciones normativas del legislador. Por el contrario, si la exigencia de taxatividad fuese un principio, entonces, el legislador podría justificadamente dejarlo de lado en circunstancias en las que la ponderación de principios permitiese dar preeminencia a otros valores constitucionales en juego. Finalmente, estiman que de esta forma el desafío de la taxatividad se proyectaría a una nueva dimensión, ya que el problema ya no (sólo) sería acerca de cómo trazar un límite entre leyes penales precisas e imprecisas, sino también acerca de cuándo puede el legislador dejar de lado esa exigencia de precisión, es decir, si el desafío de la taxatividad no se limitaría sólo a destacar las dificultades semánticas inherentes a la precisión del lenguaje, sino que también se proyectaría sobre nuestros medios para decidir racionalmente los conflictos de principios.

Ferreres Comella (2002) ha dedicado un libro al principio de taxatividad del cual se pueden rescatar las siguientes ideas:

a.) el principio de taxatividad implica la exigencia de que los textos regulen con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y que sanciones se impondrán a

quienes incurran en ellas; reposando dicha exigencia en razones de certeza jurídica e imparcialidad o igualdad en la aplicación del Derecho;

b.) dicho principio es distinto del de la reserva de ley, pues mientras el primero sólo exige la precisión de las normas sancionadoras, sin importar su tipo o rango, el segundo discrimina entre textos normativos, estableciendo que sólo una determinada clase de texto jurídico (la ley) puede contener normas que establezcan sanciones, vinculándose al principio de la democracia;

c.) hoy en día se sabe que es imposible dictar leyes de tal forma que no se planteen en el futuro problemas de interpretación, pues el derecho es parcialmente indeterminado y el juez goza de un margen de discreción. Ello se debe a diversos factores, tales como la vaguedad, que el legislador no puede prever todas las combinaciones de circunstancia relevantes que pueden darse en el futuro, etc.;

d.) es cierto que el legislador podría esforzarse en concretar al máximo el contenido de las normas, colocándolas en un catálogo cerrado, pero esta mayor precisión tiene como principal coste el riesgo de infrainclusión y de sobreinclusión; es decir, si se es muy preciso se corre el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible lo que en realidad se desea sancionar, y si se es muy preciso al fijar las propiedades que justifican que una conducta quede excluida y se pretende que el juez no amplíe esa enumeración, se corre el riesgo de que queden incluidas conductas que no se quiere sancionar. Como tradicionalmente se ha considerado más grave el riesgo de sobreinclusión, se suele admitir por ejemplo la analogía *favor rei* o la reducción teleológica de la ley;

e.) hay que admitir entonces cierto grado de imprecisión a favor del reo, pero teniendo en cuenta que un alto grado de infrainclusión afecta la eficacia del derecho penal, se debe admitir cierto grado de imprecisión de la ley, lo cual supone transferir poder interpretativo al juez, cosa que se justifica hasta cierto punto, pues no es posible colocar en manos del juez el poder de definición del ámbito de lo punible. El núcleo del problema reside entonces en la determinación de qué grado de imprecisión resulta intolerable;

f.) la constitución exige a la ley penal un grado de precisión mayor que el grado de precisión en que está redactada la propia Constitución en materia de derechos y libertades. De modo que el legislador se encuentra ante el siguiente dilema: cuanto más abra la ley a los derechos constitucionales, en mayor grado asegurará la constitucionalidad

material de esa ley, pero en mayor grado lesionará el principio de taxatividad, y cuantas menos remisiones haga a los derechos constitucionales, más preciso será, pero correrá mayor riesgo de lesionar alguno de estos derechos. Dicho problema se le presenta también al Juez pues si interpreta la disposiciones penales a la luz de la Constitución, puede asegurar su constitucionalidad material pero a costa de hacer más imprecisas las disposiciones. Si, en cambio, hace abstracción de la Constitución, inmunizará a las disposiciones penales frente a la indeterminación que proviene del texto constitucional, pero será más probable que se produzcan ciertos desajustes. Ello implica que deberán introducirse mecanismos que palien los efectos negativos de la doctrina de la interpretación de la ley conforme a la Constitución, como por ejemplo dotar a la jurisprudencia de un importante papel estabilizador;

g.) por otra parte, restringir y precisar no es lo mismo, pues el Juez que restringe el alcance de una infracción con el objeto de preservar un derecho o libertad, la puede estar haciendo más imprecisa. Por ejemplo, si una norma prohíbe la entrada de animales a comercios, su alcance es mayor que si se prohíbe la entrada de animales molestos, pues la primera expresión tiene mayor extensión que la segunda. No obstante, la primera es más precisa, ya que el término "*molestos*" es mucho más vago;

h.) el principio de taxatividad admite cierto grado de imprecisión, pero ese grado puede variar según los casos: *i.)* según el elemento de la norma penal que resulte afectado; *ii.)* según la gravedad de la sanción; *iii.)* según que exista o no una fuerte conexión entre la conducta prohibida por la norma y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y *iv.)* según el tipo de destinatario al que va dirigida la norma;

i.) cuando el principio de taxatividad se dirige al legislador, debe distinguirse si la imprecisión se predica de la disposición o de la norma, pues si la disposición utiliza un término vago, esta y la norma serán imprecisas, pues la vaguedad es una propiedad no sólo del término o la palabra sino también de los conceptos por ellos expresados. Si en cambio la disposición utiliza un término ambiguo,³⁷ la imprecisión sólo se predica de la disposición, y cuando la disposición establece un marco demasiado amplio es también la propia norma la que es imprecisa;

³⁷ Quizás sea mejor decir que como muchos términos son polisémicos, su uso es ambiguo cuando el contexto no determina en cuál de sus varios sentidos están usados.

j.) la precisión es entonces una cuestión de grado, pero no es fácil saber a partir de qué zona del continuo la imprecisión deja de ser tolerable y pasa a ser excesiva. Existen, como se expuso, múltiples factores a tener en cuenta a la hora de graduar el rigor del principio de legalidad. Ahora bien, cuando tras sopesar todos los factores se estima que una ley es suficientemente precisa, ello no significa que puedan todavía haber casos dudosos bajo esa misma ley, y viceversa: una ley que se estima insuficientemente precisa puede tener casos claros. De modo que se concluirá que si el precepto es suficientemente preciso, será constitucionalmente válido, aunque se presenten algunos casos dudosos, y si el precepto es demasiado impreciso, no se podrá aplicar en ningún caso, aunque se trate de un caso claro;

k.) el principio de taxatividad debe distinguirse de la regla de interpretación estricta que impone al juez penal el *favor rei* en casos dudosos. Este principio es de raigambre americana y se conoce como la *rule of strict interpretation* o *rule of lenity*, el cual se entiende en el sentido de que la ambigüedad relativa al alcance de las leyes penales debe ser resuelta a favor de la lenidad, aunque no se llega al extremo de exigirse la más estrecha de las interpretaciones posibles, la interpretación debe ser *strict*, pero no *overstrict*. Ello se relaciona con la interpretación restrictiva, la extensiva y la analogía, resultando interesante la posición defendida por el Juez Martenis (Kokkinakis contra Grecia, Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 25/5/1.993), en cuanto expresa que cuanto más vago es el texto de la ley, más importante es asegurar que se respeta la regla de interpretación restrictiva;³⁸

l.) el principio de taxatividad y el de interpretación estricta se comportan de diversa manera, aunque traten de atacar el mismo problema: la falta de precisión de la ley penal. Sin embargo, es posible poner en duda el principio de taxatividad en la medida en que rijan de manera efectiva la interpretación a favor del reo, pues el juez sólo aplicará la ley a los casos claros, de modo que no importaría que la ley sea más o menos imprecisa, pero en la

³⁸ Si bien la interpretación restrictiva y el principio del *favor rei* son frecuentemente utilizados de manera sinónima, en sentido estricto puede decirse que los mismos funcionan en diferentes niveles. De acuerdo a Rusconi (1.999:156/7) el primero emana del mandato de certeza e impone al intérprete la construcción de un tipo penal que manifieste mínimamente el ámbito de lo mandado o de lo prohibido, siempre que la interpretación se corresponda con el sentido posible del texto. En cambio la idea de que la duda debe favorecer al imputado no proviene del texto a interpretar, sino de una decisión político-criminal externa. Agrega, además que no siempre una interpretación restrictiva es la opción más favorable para el reo, como por ejemplo sucedería con los tipos permisivos. Si bien no seguimos al autor en cuanto a la imposición de la interpretación más restrictiva en materia sustantiva, si nos parece de utilidad la distinción que efectúa.

medida en que el *favor rei* no rija o sea dudoso cuándo un caso es dudoso, el principio de taxatividad representa un papel primordial que permite desactivar aquellos preceptos que pueden generar niveles excesivos de incertidumbre y de desigualdad en la aplicación de la ley;

II.) frente a una disposición muy imprecisa, las opciones son declarar su inconstitucionalidad o rebajar el rigor del principio de taxatividad. En este sentido es posible preservar cierto nivel de certeza e igualdad en la aplicación de la ley, dando entrada a la jurisprudencia como elemento estabilizador de la interpretación de la ley, lo que implicaría reconocer que la jurisprudencia tiene carácter vinculante.

CONCLUSIONES DE LA SECCION PRIMERA

1.) El Estado Antiguo no reconoció derechos de libertad, porque en dicho esquema resultaba inconcebible una esfera de acción privada con un derecho independiente frente a la comunidad política de su pueblo y Estado. Toda la vida del ciudadano antiguo se encontraba monopolizada por el Estado. Las cosas no variaron esencialmente en la Edad Media. Si bien el principio de legalidad fue reconocido de algún modo en diferentes momentos de la historia del pensamiento humano, su vigencia con el alcance que se le asigna en la actualidad tiene como antecedente directo el Racionalismo del siglo XVIII, mediante las bases filosóficas que echaron sus máximos exponentes, relacionado a un modelo de Estado vinculado a presupuestos culturales, sociales, económicos, jurídicos y especialmente políticos diferentes de los conocidos hasta ese entonces, donde queda consagrado definitivamente – independientemente del documento que podamos considerar más importante al respecto-, encontrándose indisolublemente ligado a los presupuestos del Estado de Derecho, ya que resulta impensable en otro modelo de Estado como el Antiguo o el Medieval, donde el individuo quedaba sometido totalmente a aquel, sin ningún tipo de garantías individuales, más allá de que haya estado vigente durante cortos periodos de tiempo, y, esencialmente, en cuanto a la prohibición de retroactividad.

De este modo, su origen es más político que jurídico, lo que presupone una organización política basada en la división de poderes, en la cual el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado a penas que no admita el pueblo.

2.) Resulta prácticamente imposible reducir el principio de legalidad a un único fundamento, aunque resulta importante tener presente que en la actualidad dicho principio implica el principal limitador del *ius puniendi* estatal, ya que éste sólo podrá ejercerse cuando la acción de una persona encuadre en una norma penal previamente tipificada como delito. Si entendemos el principio de legalidad en este sentido, ello presupone una concepción de Estado Democrático de Derecho, donde la idea subyacente a la voluntad general sólo se traduce institucionalmente en un cuerpo legislativo democráticamente elegido y, por ende, representativo de esa voluntad, con la exclusiva atribución de estatuir legalmente delitos y penas (cfr. Zarini, 2.003:29).

3.) Si hacemos una aproximación a su regulación en el derecho argentino, parece que claramente se protege la prohibición de retroactividad de la ley *in malam partem* y la prohibición del derecho consuetudinario, siendo la ley la única fuente productora de delitos.³⁹ Sin embargo, no surge tan claramente que el mandato de determinación y la prohibición de analogía estén comprendidos literalmente en el entramado normativo constitucional (arts. 18 y 75 inc. 22º), aunque la propia Corte Suprema de la Nación ha aclarado expresamente que el principio requiere la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar; y proscribire, en consecuencia, la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, lo que no impide la interpretación de sus normas que requiere también la determinación de su sentido jurídico, función propia del Poder Judicial (CS, 44.044, 12-11-1.991, "M. P. J., s/ contrabando", *El Derecho*, t. 145, ps. 588/9).

De todos modos, si se toma en cuenta exclusivamente la exigencia de que no puede haber pena sin ley tal como ella se encuentra constitucionalmente formulada y se la interpreta literalmente, el principio de legalidad parecería quedar privado de gran parte de su sentido. Por ello pensamos que las exigencias de *lex praevia* (prohibición de retroactividad), *lex scripta* (prohibición del derecho consuetudinario), *lex stricta* (prohibición de analogía) y *lex certa* (mandato de determinación), constituyen calificaciones de lo que ha de entenderse por "ley" -y por lo tanto están contenidas en la formulación constitucional-, en la exigencia básica de que no haya penas ni delitos sin ley que los determinen.

4.) Por tal motivo, debe interpretarse que el principio de legalidad es ante todo una construcción teórico-ideológica que se considera distintiva del derecho penal liberal. Como dice Hassemer (1998:20), el principio de legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo. Desde este punto de vista corresponde hacer una

³⁹ Como es sabido la expresión "fuente" tiene un doble sentido, ya que puede referirse a la voluntad que dicta las normas jurídicas o a la manifestación misma de esa voluntad (cfr. Soler, 1.999:134 y ss.). En el primer sentido (fuentes de producción) solamente el Estado es fuente de derecho y por imperio del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional el Congreso de la Nación es el encargado de dictar el Código Penal, es decir, crear delitos con sus correspondientes penas y de acuerdo con el procedimiento que el mismo cuerpo normativo estatuye en los arts. 77 y ss. Sin embargo, la ley penal no es sólo el Código Penal sino toda disposición de orden penal que se encuentre en las leyes de la Nación o de sus Provincias, y estas últimas mantienen las facultades de dictar faltas o contravenciones que no hayan sido delegadas a la Nación y que emanan de los arts. 32 y 121 de la Carta Magna. Cuando hablamos de fuentes de conocimiento nos referimos tanto a la ley, cuanto a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, aunque estas últimas tres no son fuentes de conocimiento en sentido estricto. Asimismo, debe tenerse en cuenta la advertencia que realiza Bidart Campos (2001:293) en cuanto a que con la reforma constitucional de 1994 se prohíbe que el Poder Ejecutivo dicte decretos de necesidad y urgencia en materia penal (art. 99 inc. 3º); que mediante el derecho de iniciativa legislativa popular se dicten leyes penales (art. 40); y que el Congreso delegue facultades legislativas al ejecutivo en la materia (art. 76).

lectura fuerte del principio, en el sentido que comprende las cuatro exigencias ya señaladas, lo cual se puede fundamentar por lo menos mediante un razonamiento por el absurdo del siguiente tipo: la exigencia de la ley previa suele ser expresa, ahora ¿qué significaría exigir que nadie puede ser penado sin ley que así lo determine si esa ley no es -además de previa-, cierta, estricta y escrita?⁴⁰ El principio de legalidad debe ser entendido como una garantía del ciudadano y no como un postulado vacío o neutral, abierto a cualquier contenido autoritario.

5.) Dentro del abanico de posibilidades que aparecen en la interpretación de una disposición penal, es posible optar tanto por una interpretación extensiva como por una restrictiva, pues el principio *in dubio pro reo* no rige en el derecho penal sustantivo. Claro que dicha opción no implica una decisión arbitraria o caprichosa, sino que debe adaptarse al sentido literal posible del texto y a los reconocidos cánones o métodos de interpretación vigentes, aunque resulte dificultoso trazar límites precisos entre una interpretación restrictiva y extensiva, o entre esta última y la analogía, y menos aún determinar exactamente cuándo nos movemos dentro del sentido literal. Volveremos sobre el punto a lo largo de la segunda sección.

6.) Como se ha tratado de poner de relieve en los ejemplos brindados, la dificultad de precisar los límites entre una interpretación extensiva y una restrictiva obedece fundamentalmente a la vaguedad del lenguaje. Claro que ello no implica necesariamente una condición negativa o disvaliosa, pues todo ordenamiento jurídico funciona con cierto margen de indeterminación⁴¹, ya que sería imposible que el legislador pudiera describir con máxima precisión toda conducta humana de modo casuístico, y si fuere el funcionamiento práctico del derecho quedaría totalmente atrofiado.

7.) La dificultad consistiría entonces en determinar el punto mínimo aceptable para que una ley sea considerada determinada, que a si se admite o no la interpretación extensiva.⁴² Si bien ninguno de los extremos parece que pueda funcionar plausiblemente, intuimos que con una magistratura especializada, el peligro proviene más de la excesiva

⁴⁰ Sugerencia efectuada por el Dr. Jorge L. Rodríguez en una conversación privada.

⁴¹ No está demás señalar que muchas veces la indeterminación es intencional, en el sentido de que es querida o buscada voluntariamente por el órgano creador de la norma, con los más diversos fines.

⁴² Incluso si admitiéramos, al igual que Bacigalupo, Bustos Ramírez y Ferrajoli, que la opción debe recaer siempre sobre la interpretación más restrictiva, cosa que no se encuentra justificada normativamente, los problemas interpretativos subsistirían para poder detectar cuál es la posibilidad más restrictiva porque tampoco de ella se pueden precisar sus límites con exactitud matemática. Es muy ilustrativo al respecto Maier (1989:264/69). Ello no

determinación que de la indeterminación, no influyendo demasiado la restrictividad o extensividad de la interpretación, en la medida en que se busquen ciertos parámetros que impidan caer en la analogía creadora de hechos punible o penas, de modo que los jueces no suplan las deficiencias del legislador y, lo que es peor aún, rellenen tipos penales con sus convicciones morales o personales. Claro que el mandato de determinación es una exigencia básicamente dirigida al legislador, y de manera secundaria al juez por lo que la admisión o no de la interpretación extensiva es más bien un hecho propio de la actividad judicial.

8.) Como explican Eser-Burkhardt (1995:52/9), no se debe extremar el mandato de determinación al punto de que las leyes se tornen extremadamente rígidas y casuísticas, y no se puedan adecuar a la evolución de la vida, por lo que el legislador no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descriptos formalmente con total exactitud y que, por ello, necesitan en cierta medida de la interpretación judicial. Por tal motivo, no son necesariamente inconstitucionales las cláusulas generales o los conceptos indeterminados que requieran valoración, siempre que sea posible establecer para la interpretación y aplicación de la norma, utilizando métodos de interpretación conocidos o sobre la base de una consolidada jurisprudencia, de modo que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer el valor jurídico protegido por la norma penal y la prohibición de determinados comportamientos, así como la posible reacción estatal. Claro que, en palabras de Hassemer (1984:314/9), el mayor peligro para el mandato de certeza proviene de la capacidad del legislador para hacer leyes precisas, pues tiene que resolver al mismo tiempo dos tareas diferentes y contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a cambios futuros, y tiene que redactarlas de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a casos que no han sido imaginados. Toda decisión que haya que tomar entre flexibilidad y precisión es problemática. En este sentido, la jurisprudencia juega un papel importante como elemento estabilizados.

9.) Lo expuesto, aunque no siempre se explicita, parece ser la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Sin embargo, no está exenta de críticas. Al no poder establecerse con precisión los contornos entre interpretación literal, restrictiva y extensiva, ya que ningún término del lenguaje natural tiene límites determinados

implica necesariamente que no pueda defenderse la tesis restrictiva, sino que no parece coherente que la misma

de aplicación, la directiva que impone la interpretación literal no podría cumplirse. Esto implicaría la necesidad de redefinir el concepto de "*interpretación literal*", en el sentido de asignarle a un término su significado usual de conformidad al uso ordinario de las palabras, pero ello confrontaría con la noción de interpretación "*a secas*", pues ¿que otra cosa podría ser interpretar?

10.) Un camino -contrario al que hemos sostenido-, sería argumentar que existen casos claros de aplicación y de no aplicación, y casos problemáticos, en los que las reglas semánticas no determinan si el caso se halla o no comprendido en el alcance del término. Desde esta óptica, la interpretación restrictiva sería aquella que limita el significado del término exclusivamente a los casos claros, mientras que la extensiva la que abarca al menos un caso problemático en su alcance. De ello se seguiría un problema aún mayor: la distinción entre interpretación extensiva y analogía, en la medida en que todo caso de uso de un razonamiento por analogía podría ser presentado como un caso de interpretación extensiva y viceversa, lo que daría la razón a la postura de Bacigalupo, Ferrajoli y Bobbio, que hemos objetado. Sin embargo, dicha posición dejaría latente el problema de la distinción entre interpretación restrictiva y reducción teleológica de la ley, a la que le serían aplicables las mismas objeciones. Frente a ello, la búsqueda de soluciones se bifurcarían: por un lado tratando de reconstruir, ya no un sentido meramente literal posible, sino interpretativo posible, abarcativo de los cánones o métodos de interpretación aceptados, cosa que parece poco plausible; o relativizando de algún modo el concepto de analogía, como por ejemplo reedificando el mandato de determinación o, en fin, redefiniendo los conceptos de interpretación extensiva y restrictiva.

11.) Parece bastante plausible la última opción, es decir, definir a la interpretación extensiva y a la restrictiva una en función de la otra, quedando ambas comprendidas dentro del sentido literal y colapsando la interpretación extensiva (y también la literal) con la analogía.⁴³ Dentro del campo de referencia semántico o el sentido literal de

objeto a la postura contraria justamente la falta de precisión para distinguir interpretación extensiva y analogía.

⁴³ En este punto nos apartamos de la posición de Guastini (1999:219/24), quien entiende por interpretación extensiva a aquella que extiende el significado *prima facie* de una disposición, de modo que se incluyen en su campo de aplicación supuestos que según la interpretación literal no quedarían incluidos. Y por interpretación restrictiva la que circunscribe o restringe el significado *prima facie* de una disposición, de modo que excluye de su campo de aplicación algunos supuestos que según la interpretación literal se incluirían en él. Es decir, que para Guastini ambas interpretaciones son correctoras respecto de la literal. En cambio, para nosotros ambas están comprendidas dentro de su significado literal, pues las caracterizamos de modo diferente.

un texto es posible que exista más de una interpretación, sin que en principio una prevalezca sobre otra. Ahora bien, si se entendiera que la interpretación extensiva puede ser más amplia que la literal, o en otras palabras, que quedaría fuera de la literal, ahí sí sería difícil sostener que exista una diferencia tajante entre la interpretación extensiva y la analogía.

12.) La concreción de *lex certa* implica que los tipos penales y las consecuencias del delito deben redactarse por el legislador con la mayor precisión posible, tratándose de evitar conceptos vagos o ambiguos. Ello reposa en la idea de evitar cualquier decisión subjetiva o arbitraria del juez, garantizando al ciudadano que pueda saber de antemano qué comportamiento se encuentra prohibido y con qué pena está conminado. De lo contrario se violentaría el principio de división de poderes, pues el juez podría realizar la interpretación que quiera y de esta forma invadiría la esfera del legislador.

13.) Admitida cierta indeterminación del derecho⁴⁴ y, en consecuencia, que el mandato de determinación nunca puede cumplir con el ideal de redactar leyes totalmente precisas, la cuestión pasa a ser de grados, aunque resulta problemático establecerlos. Existen múltiples posiciones al respecto, como quienes piensan que en la medida en que la pena es más severa crecen las exigencias de determinación, o quienes creen que el legislador debe extremar todos los recaudos para lograr la máxima precisión posible, pues de lo contrario debería declararse inconstitucional el precepto. También se sostiene la exigencia de que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables supere el 50 %, que debe haber un mínimo de precisión, o que el legislador debe emplear términos con la menor vaguedad posible.

14.) Por otro lado, como destaca Hassemer, la tarea del legislador no es tan sencilla pues tiene a su vez las tareas de dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a cambios futuros, y redactarlas de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a casos que no han sido imaginados. Esta exigencia de certeza tiene, como explica Moreso, una doble dimensión: se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas, y por el otro, se dirige a reducir la

⁴⁴ En general la indeterminación del derecho tiene su origen en los problemas de vaguedad que aquejan al lenguaje. Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho sea en todos los casos indeterminado, pues justamente lo que caracteriza a la vaguedad es la existencia de un núcleo central en el cual la aplicación es clara, y una zona periférica en la que ella se torna problemática en mayor o menor medida según el grado de vaguedad. No obstante, la cuestión no es tan simple, pues la paradoja de sorites parece mostrar que no existe un límite cualitativo entre los casos claros de aplicación y los problemáticos. Claro que ello no implica necesariamente que no pueda identificarse un núcleo claro, aún existiendo estos límites imprecisos.

discreción de la policía para arrestar y de los jueces para condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales. Claro que, como vimos, dicha exigencia no puede llevarse al extremo, ya que las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que justifica tener esa regla no abarca, y excluyen algunos que la razón que justifica la regla exigiría que estuvieran incluidos.

15.) De este modo parece plausible formular la regla de una forma más alejada de su razón justificante pero con conciencia clara de que incluiremos casos no previstos por la razón justificante y excluirémos otros casos que sí estaban previstos, ya que cuanto más detallada y casuista sea nuestra formulación, más peligro de infrainclusión habrá. En palabras de Ferreres Comella, cuanto mayor sea la precisión mayor será el riesgo de infrainclusión y de sobreinclusión, pues si se es muy preciso se corre el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible lo que en realidad se desea sancionar, y si se es muy preciso al fijar las propiedades que justifican que una conducta quede excluida y se pretende que el juez no amplíe esa enumeración se corre el riesgo que queden incluidas conductas que no se quiere sancionar. Hay que admitir entonces cierto grado de imprecisión a favor del reo, pero teniendo en cuenta que un alto grado de infrainclusión afecta la eficacia del derecho penal, se debe admitir cierto grado de imprecisión de la ley, lo cual supone transferir poder interpretativo al juez, lo que se justifica hasta cierto punto, pues no es posible colocar el poder de definición del ámbito de lo punible. El núcleo del problema reside entonces en la determinación de qué grado de imprecisión resulta intolerable.

16.) Pero por otro lado el legislador se encuentra ante otro dilema: cuanto más abra la ley a los derechos constitucionales, en mayor grado asegurará la constitucionalidad material de esa ley, pero en mayor grado lesionará el principio de taxatividad, y cuantas menos remisiones haga a los derechos constitucionales, más preciso será, pero correrá mayor riesgo de lesionar alguno de estos derechos. Es aquí donde la jurisprudencia puede jugar un importante papel estabilizador. Dónde deja de ser tolerable la imprecisión es entonces el problema, existiendo múltiples factores a tener en cuenta a la hora de graduar el rigor del principio de legalidad. Pero aún teniendo una ley sumamente precisa, puede haber casos que caen bajo una zona de penumbra, y viceversa: una ley sumamente imprecisa puede tener casos claros.

17.) Ahora bien, en la medida en que rija la interpretación restrictiva como

única opción, y que pueda siempre determinarse un caso claro de aplicación, el principio de taxatividad perdería interés, pues poco importaría que la ley sea más o menos imprecisa, ya que el juez la aplicaría sólo a estos casos claros. Como pesamos que esto no es así, el principio de taxatividad representa un papel muy importante que permite desactivar aquellos preceptos que pueden generar niveles excesivos de incertidumbre y de desigualdad en la aplicación de la ley.

SECCION SEGUNDA:
LA INTERPRETACION DEL DERECHO

TITULO I: INTRODUCCION

Una de las principales finalidades que el legislador persigue al dictar normas jurídicas es motivar ciertas conductas sociales, siendo necesario para ello comunicarlas a aquellos en cuya conducta se pretende influir, lo cual supone el uso del lenguaje y la existencia de una comunidad lingüística. La norma no es un conjunto de signos sino el sentido que ellos expresan, lo que se distingue de la formulación de la norma como entidad lingüística (cfr. Alchourrón – Bulygin, 1.991b:441/2).

Resulta entonces necesario que el sentido del enunciado sea captado por parte del destinatario, de lo contrario no podría cumplir el papel que el legislador le asigna. El problema se presenta en la determinación del sentido de las palabras, para lo cual Alchourrón – Bulygin (1.991b:443) nos ofrecen dos posibilidades: o bien las palabras son usadas en el lenguaje habitual, o bien el autor se ha apartado del uso común y ha utilizado una expresión en sentido diferente, hipótesis que resulta de excepción.

Asimismo, la actividad consistente en la determinación del sentido se llama comúnmente interpretación, siendo sus problemas más frecuentes los relacionados con la aplicación de las normas a casos concretos, pues aun conociendo bien el significado de una expresión, pueden surgir dudas acerca de su aplicabilidad a un caso (vaguedad).

En general los juristas suelen distinguir dos métodos de interpretación, el subjetivo y el objetivo, el primero se basa en la voluntad o intención del legislador, mientras que el segundo busca determinar el sentido del texto con independencia de lo que el legislador quiso decir, pero el sentido objetivo no es más que el uso común en sus contextos característicos y si no hay indicio de que el legislador haya usado un término en algún sentido distinto del uso común este prevalece, como si se aparta del uso común y usa un sentido diferente, ese será el que la expresión tendrá (Alchourrón – Bulygin, 1.991b:444 y ss.)

Nos alertan los autores que la palabra interpretación se la suele usar tanto para describir la actividad tendiente a descubrir el sentido que el texto tiene como para modificarlo. Como la interpretación cognoscitiva no soluciona todos los problemas de vaguedad habrá que recurrir a otros criterios para decidir si la expresión se aplica o no al caso, y dichos criterios pueden llevar a una ampliación a restricción del texto. Sin embargo, de acuerdo a la ideología dominante parece que los jueces deben limitarse a la aplicación de las normas

dictadas por el legislador, sin modificarlas, pero muchas veces los jueces modifican las normas, sobre todo cuando su aplicación llevaría a resultados indeseables.

También es necesario decir que la palabra "*interpretación*" hace referencia a veces a cualquier entidad capaz de ser portadora de sentido, otras veces de modo más restringido se refiere a entidades lingüísticas, y más específicamente cuando existen dudas respecto del significado en un caso concreto de comunicación (cfr. Lifante Vidal, 1.999:28).

Asimismo, se distingue entre la interpretación actividad de decidir o proponer un significado y la interpretación producto de dicha actividad, lo que no genera mayores dificultades prácticas.⁴⁵

Sí resulta problemático determinar si el objeto de la interpretación jurídica son las disposiciones jurídicas o las normas jurídicas.

En este aspecto sólo diremos que nos inclinamos por la primera posición, en el sentido de que lo que se interpreta son textos jurídicos, centrando la atención en lo que sigue en las leyes.

⁴⁵ Volveremos sobre el tema en el Título IX, Capítulo 1, al tratar la clasificación ensayada por Gianformaggio.

TITULO II: INTERPRETACION: CONCEPTO. LENGUAJE Y FUNCIONES. DEFINICIONES. PROPOSICIONES Y NORMAS. SEMANTICA Y SIGNIFICADO. LEGALIDAD Y CLAUSURA

Independientemente del sentido que utilicemos el término "*interpretación*" hay que tener presente que el mismo se relaciona directamente con la concepción que se tenga acerca del derecho.⁴⁶

Aseff (2.004:53/4) entiende que interpretar significa desentrañar el sentido de la norma jurídica para saber cuáles son los hechos que describe como condicionantes de la consecuencia que se les habrá de imputar, y en qué consiste dicha consecuencia, de modo de averiguar si el caso sometido a examen posee las características que habrán de configurar el supuesto de hecho a que la norma se refiere.

Lifante Vidal (1.999:90/1) siguiendo a Guastini indica cinco significados diferentes del término.

En sentido estricto como la atribución del significado a una formulación normativa en caso de duda. También se lo puede entender en un sentido más amplio independientemente de que existan dudas. O como un conjunto de labores que lleva a cabo el jurista (identificación de fuentes, trabajos de sistematización etc.). Asimismo, se utiliza en algunos contextos para denotar un tratamiento incorrecto de un texto normativo, subyaciendo la idea de que en los casos claros es innecesaria y hasta dañina. Por último también se la equipara en algunos casos a la aplicación del derecho.

Comenta Portela (2006:35 y ss.) que cuando se hace referencia a "*interpretar el derecho*", hay que tener en cuenta que es necesario contar -en la tarea o en su resultado-, con algún elemento normativo jurídico que permita distinguir esta cuestión de otro tipo de interpretaciones, que si bien pueden ser similares en cuanto a su estructura no son exactamente de la misma naturaleza.

⁴⁶ Más allá que no vamos a desarrollar aquí la problemática referente al concepto del derecho, en materia penal la cuestión se simplifica pues, como expusimos, la ley es la única fuente de derecho penal.

Parece que una primera aproximación al concepto de "interpretación" que sería algo así como "traducir" una expresión para que sea entendida por quienes tienen interés en ello,

En ese sentido, opina Portela, que interpretar un texto normativo consiste en atribuir sentido a ese texto y para ello es menester distinguir entre los enunciados interpretados y los interpretativos. Los primeros son los soportes textuales de las normas o proposiciones normativas, y los segundos son constructos del sujeto de la interpretación que se refieren a ellas otorgándoles un sentido.

Por otra parte, agrega el autor, que los conocidos problemas de los lenguajes naturales pueden ser de orden semántico o sintáctico y entre ellos vale mencionar los que se producen por la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta de los términos utilizados. Además, los desajustes entre las normas y sus destinatarios llevan consigo problemas de opacidad en el derecho, de muy difícil solución en ciertos campos. La tarea de los juristas, consiste entonces primariamente, en una sistematización lógica de las normas existentes. Y además de mejorar la tarea definicional de los términos técnicos que aparecen en las formulaciones normativas.

En síntesis afirma el mentado publicista que: "...1. Interpretar una norma (el derecho) es atribuir sentido a un texto normativo mediante la formulación de otro texto (enunciado interpretativo); 2. Existen varios sujetos que pueden formular enunciados interpretativos: los ciudadanos, los juristas, los legisladores (interpretación auténtica) y los aplicadores (interpretación operativa); 3. Cuando interpretan las normas los juristas deben elegir entre múltiples opciones posibles y esta elección suelen realizarla en base a teorías elaboradas para el subconjunto de normas que forman su centro interés. Estas teorías expresan el punto de partida y a partir de éste intervendrán las operaciones semánticas y lógicas que son canónicas para llegar a una interpretación adecuada del material normativo; y 4.) Habitualmente la adopción de esas teorías, y su consecuente perspectiva acerca de la validez de las normas, de su legitimidad material y de mínimos criterios de justicia, resulta acrítica por parte del jurista motivo por el que éste pierde la mejor posibilidad de llegar a consensos, aun parciales, sobre temas conflictivos que le permitirían una visión más ajustada del universo normativo...".

Zuleta Puceiro (2.006:38/9) subraya que la actividad interpretativa es susceptible de diversos enfoques analíticos, distinguiendo las siguientes acepciones de la voz "*interpretación*", como atribución, como procedimiento, como decisión, como razonamiento y como nomación; destacando la importancia de diferenciar actividad interpretativa entendida como un conjunto de operaciones intelectuales destinada a la atribución de significado a un texto legislativo, y la argumentación interpretativa, la que alude al desarrollo de las razones justificativas de la decisión adoptada.

Señala Nino (1.980:246) que entre las normas que se comunican utilizando símbolos lingüísticos o no, la determinación de qué norma ha sido sancionada presupone la actividad de *interpretar*, es decir, atribuir significado. Asimismo -prosigue el autor-, los legisladores formulan las normas utilizando el lenguaje natural, en nuestro caso el castellano, lo cual lo compromete con la consecuencia de que sus expresiones sean interpretadas de acuerdo con el significado que a ellas se les atribuyen, las costumbres lingüísticas del grupo social al que las normas van dirigidas.

En general se entiende que los símbolos lingüísticos tienen el significado que le otorga quien los usa. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, pues en el derecho ello confronta con la dificultad de conocer la intención de los legisladores, y con la convención dogmática de que dicha intención no es decisiva para atribuir significado a las palabras. De esta forma podría sostenerse que los jueces se encuentran vinculados en el derecho legislado, por un serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo a ciertas reglas semánticas y sintácticas, independientemente que las haya tenido en cuenta o no el legislador (Nino, 2.001:247).

En otro orden, es preciso distinguir entre signos y símbolos. Los primeros tienen una relación natural o causal con el objeto que representan, mientras que en los segundos esa relación es convencional.⁴⁷

⁴⁷ Dice Ross (1.997: 147/8) que "*...La diferencia entre signo y símbolo consiste en el hecho de que el signo es «natural» mientras que el símbolo es «artificial», un producto elaborado por seres humanos... Más precisamente, la significación del signo está simplemente en mi conocimiento del curso de la naturaleza y del juego recíproco de las cosas. Sabiendo por experiencia que A y B ocurren por lo común juntos, tomo a A (la humedad de la tierra, el trueno, el llanto del niño) como signo de B (la lluvia, el rayo, la experiencia desagradable). Una luz roja que se alterna con otra verde y con otra amarilla en un cruce de calle es, para una persona que posee el conocimiento necesario, el signo de una instalación eléctrica y de un mecanismo que enciende y apaga las luces en un cierto orden regular. Sin embargo, que la luz roja sea también símbolo de una restricción policial respecto del cruce depende de una convención que muy bien podría haber dado al rojo un significado diferente. Todos los símbolos*

El lenguaje es entonces un sistema de símbolos constituido, en lo que aquí nos interesa, por palabras.⁴⁸

Desde esta óptica el lenguaje es una convención, en el sentido que las palabras son símbolos que representan cosas creadas arbitrariamente por el hombre. En palabras de Gómez y Bruera (2.000:27) el hombre es libre de estipular el significado que quiere para las palabras.

Sin embargo, una aplicación indiscriminada de esta regla nos podría llevar a una imposibilidad en la comunicación, en la medida en que no aclaremos previamente en qué sentido utilizaremos tal o cual expresión. De allí que las mencionadas autoras aconsejen la utilización de la "regla de uso común", la que establece que es preferible adoptar el significado que las palabras tienen en el uso común del lenguaje, a excepción que se cree una nueva palabra, o se intente eliminar la ambigüedad o vaguedad de una existente (2.000:28/9), aunque en realidad las palabras tienen el significado que el uso común les asigna, salvo en situaciones excepcionales.

Por otra parte, cuando hablamos del significado de las palabras podemos aludir tanto a su denotación o extensión, es decir, a la clase de cosas o hechos nombrados por la palabra, como a su designación o intensión, es decir, el conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término. La designación y la denotación se encuentran en función recíproca: si la primera se amplía, la denotación posible se restringe, y a la inversa, si la designación de una palabra se restringe,

son convencionales; esto es, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es producida por seres humanos mediante acuerdo o uso (costumbre)...".

⁴⁸ Nuevamente explica Ross (1.997: 148): "...De todos los sistemas de símbolos, el lenguaje es el que se encuentra más plenamente desarrollado, el más efectivo y el más complicado. El lenguaje puede manifestarse como una serie de formas auditivas o visuales (habla y escritura). El significado atribuido a estas formas es claramente convencional. Nada impediría que la palabra «gato» fuera usada para designar al animal doméstico de cuatro patas que hace «guau-guau», y «perro» para designar al que hace "miau". El significado atribuido a los símbolos lingüísticos está determinado por las costumbres de la comunidad referentes a las circunstancias en las que se considera adecuado emitir ciertos sonidos. Quienes se han hecho a los hábitos de una comunidad de habla española están tan acostumbrados a ellos que consideran adecuado decir: «mire, ahí hay un gato» cuando se aproxima el animal doméstico que maúlla, pero hallarían a esa expresión totalmente fuera de lugar si se la usara para aludir al animal que ladra... Las costumbres o normas lingüísticas que establecen la función simbólica del lenguaje sólo pueden ser descubiertas mediante un estudio de la manera en que la gente se expresa. Por «expresión» entiendo la unidad lingüística más pequeña que es soporte de significado por derecho propio. «Mire, ahí hay un gato» es una expresión. Ella, en su integridad, es el soporte de un significado. La comunicación lingüística entre los seres humanos tiene lugar por medio de tales unidades, y, en consecuencia, ellas deben constituir el punto de partida para el estudio de la función simbólica del lenguaje... Es importante subrayar esto, porque de otra manera se puede fácilmente caer en el error de que el significado de una expresión es el resultado de la suma total de los significados de las palabras individuales que la forman. Las palabras individuales carecen de significado independiente, sólo tienen un significado abstraído de las expresiones en las que aparecen...".

lleva a una extensión mayor de la denotación (cfr. Nino, 2001:251/2). A partir de ello es posible distinguir dos tipos de vaguedad, la intencional, es decir, cuando las propiedades connotadas por un concepto no están determinadas exhaustivamente o poseen naturaleza graduable, y la extensional, es decir, cuando existe una indeterminación parcial de la extensión o campo de aplicabilidad de un concepto (cfr. Lifante Vidal, 1999:209).

El lenguaje puede cumplir diferentes funciones. Así, se dice que cumple una función informativa cuando afirma o niega proposiciones. Su finalidad será expresiva cuando no pretende informar nada sino expresar sentimientos, emociones o actitudes. Y la finalidad será directiva o prescriptiva cuando se lo usa con el propósito de que nuestras expresiones lingüísticas sean tomadas por el destinatario como una razón para hacer o dejar de hacer algo. En estos últimos casos se sostiene en general que no es posible predicar la verdad o falsedad de lo que decimos (cfr. Copi, 1966:34/7). Sin embargo, esta división propuesta no se suele presentar en forma pura en los actos de comunicación ordinaria. Como explica Copi (1966:37/8), tanto un poema, como un sermón y un trabajo científico pueden revelar las tres funciones simultáneamente.

Ya hace algún tiempo Carrio (1.990:19/21) señalaba que en ocasiones usamos el lenguaje con un propósito primordialmente descriptivo, para informar acerca de ciertos fenómenos o estado de cosas; otras veces sirve para expresar nuestros sentimientos, no en el sentido de describirlos sino de exteriorizarlos, es decir, mediante un uso expresivo; también se utiliza el lenguaje para dirigir el obrar de otras personas, es decir, de modo prescriptivo o directivo; y en fin un uso operativo lo que significa realizar un acto específico a la luz de un criterio preexistente como instituir un heredero universal. Sólo es posible predicar la verdad o falsedad de los enunciados en el primer uso.

Asimismo, de acuerdo a su finalidad se distinguen entre las definiciones informativas o lexicográficas que tiene por objeto informar de cómo la gente o alguien usa una palabra, la cual será verdadera o falsa según su correspondencia o no con el uso que pretende describir; y las definiciones estipulativas que prescriben o recomiendan cierto uso de un término, y como tal no pueden ser verdaderas o falsas, pues sólo expresan directivas acerca del significado que habrá de darse a determinada palabra.

Resulta interesante mencionar aquí la distinción propuesta por Austin,⁴⁹ que comenta Stigol (1994:85/7), entre los enunciados constatativos y los realizativos. Los primeros son aquellos que describen algún evento, proceso o circunstancia. Los segundos se emplean para realizar una acción, por ejemplo: "*Juro por la Patria desempeñar lealmente el cargo*". Si bien sólo a los primeros se les puede atribuir las propiedades de verdad o falsedad, ello no implica que los segundos carezcan de significado, pues al pronunciarlos en determinadas circunstancias llevamos a cabo una acción que no debe confundirse con la acción misma de pronunciar las palabras, es decir, con su aspecto locucionario.

Marmor (2001:29) considera que a partir de Frege y Wittgenstein el objetivo general de la semántica se puede caracterizar como el análisis del significado, siendo una de las teorías predominantes la semántica construida en términos de condiciones de verdad, pero como sólo de un número de emisiones relativamente pequeño se puede decir que tiene valores de verdad, la semántica de las condiciones de verdad introdujo una noción bastante especial del significado con la ayuda de la distinción fregeana entre el sentido de la oración y su fuerza.

Moreso (1997:33) expone que uno de los objetivos de la teoría de la fuerza de las expresiones lingüísticas consiste en que nos permite señalar el tipo de acto lingüístico que se ejecuta en una ocasión de emisión (aserción, pregunta, orden, etc.), y nos muestra cómo es posible obtener una oración declarativa relacionada con dicho acto lingüístico. Siguiendo a Austin y Searle, diferencia el contenido proposicional de una emisión lingüística de la fuerza ilocucionaria de dicha emisión. En este punto se concentra especialmente en la distinción de emisiones declarativas e imperativas. Refiriendo especialmente a Searle, expone que las emisiones declarativas tienen una dirección de ajuste palabra-a mundo, mientras que las prescriptivas tienen una dirección mundo-a-palabra, de modo que una proposición es el conjunto de mundos posibles que la hacen verdadera, y la verdad es una relación palabra a mundo; en cambio, una norma es el conjunto de mundos posibles que la hacen eficaz y la eficacia es una relación mundo-a-palabra.

⁴⁹ Recordemos que el autor distingue entre actos locucionarios: los que se realizan cuando se dice algo (emitir sonidos), actos ilocucionarios: los que se realizan, más allá de haber emitido sonidos, al haber dicho algo, y actos perlocucionarios: los que se realizan por haber dicho algo, que se refieren a las consecuencias pensadas o no. Los actos ilocucionarios tienen la particularidad de que varias expresiones que tienen el mismo contenido proposicional pueden diferir en su fuerza ilocucional, en el sentido de expresar una aseveración, una pregunta, una orden o una expresión de deseo (Austin, 1962:142/9).

Lyons (1981:40/2) distingue también entre el significado descriptivo (o proposicional) y el no descriptivo (o no proposicional). Respecto de los juicios descriptivos expone que son verdaderos o falsos si las proposiciones que expresan son verdaderas o falsas. En cambio, el significado no descriptivo es más heterogéneo y menos esencial, e incluye lo que él denomina componente expresivo, entre otros.

Las expresiones normativas que constituyen el orden jurídico están formuladas en lenguaje natural, pues el derecho es una técnica, entre otras, de regulación de conductas humanas que tiene por finalidad perseguir determinado comportamiento deseado de los individuos. Por ello, el contenido de las normas jurídicas consiste en la conducta que debe, puede o no tiene que ser realizada por el sujeto. Y los comportamientos que forman el contenido de las normas jurídicas pueden ser obligatorios, prohibidos o permitidos. Ello no obsta a que en algunos casos los juristas utilicen términos en un lenguaje especializado con el objeto de obtener una definición altamente precisa, pero no por ello el lenguaje jurídico deja de tener las características propias de todo lenguaje natural, es decir, la vaguedad (actual o potencial) y en ciertos casos la ambigüedad, de manera que no podemos afirmar un paralelismo entre los conceptos jurídicos y geométricos, tal como por ejemplo sostuvo Sebastián Soler (cfr. Carrio, 1.990:149 y ss.; Gómez – Bruera, 2000:79 y ss.).

Qué se concibe por norma jurídico-penal es algo que dista de ser pacífico. Algunos las entienden como juicios de valor, otros como normas de prohibición o de obligación o, en fin, combinaciones de dichas características. En el ámbito de la doctrina penal se las suele entender como mensajes prescriptivos, suponiendo, al menos de modo implícito, la distinción entre normas y principios en el sentido de que las primeras sólo pueden cumplirse o infligirse, mientras que los segundos constituyen mandatos de optimización.

Excede ampliamente el marco de este trabajo desarrollar el tema, por lo que sólo diremos que parece bastante plausible profundizar la construcción de Hart (1995:34/5) en el sentido de que el derecho penal es algo que obedecemos o desobedecemos, la ley penal cumple la función de establecer ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, y la pena que las normas imputan a las infracciones del derecho penal busca un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades.⁵⁰

⁵⁰ Véase en tal sentido Mendonca, 2000:85 y ss.

Por otra parte, siguiendo a von Wright (1970:102) deseamos señalar que la regla *nullum crimen sine lege* puede entenderse de dos modos diferentes, como el derecho de castigar de la autoridad y como que cualquier cosa que no esté prohibida dentro del ámbito de determinado orden normativo; está permitida dentro de este orden, es decir, como una regla de clausura que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal (cf. Alchourrón – Bulygin: 1998: 198). En este sentido, podríamos sostener plausiblemente que el sistema penal es un sistema cerrado, lo cual no quiere decir que determinadas acciones no estén prohibidas por otro orden normativo, por lo que sería más exacto hablar de un sistema relativamente cerrado.⁵⁰

⁵⁰ Cfr. en este sentido Guarinoni (2000:729 y ss.).

TITULO III: FUNDAMENTO Y MISION DE LA INTERPRETACION

Para Kelsen (1.960:163/4) la interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a la norma inferior. Toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

Coincidimos con Ross y Hernández Marín en que toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita.

Ahora bien, si lo escrito es capaz de influir sobre el juez, ello se debe a que posee un significado que nada tiene que ver con la sustancia física (Ross, 1.962:146/7). Por otra parte, nos explica el autor que el contexto mostrará la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual.⁵² El profesor escandinavo plantea las siguientes tesis para aplicar a las palabras en el uso cotidiano:

⁵² "...Si se anota así cada referencia individual, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En tomo al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto en la referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no. No dudo por un instante que puedo llamar «mesa» al mueble a cuyo lado estoy sentado y sobre el que escribo. Del mismo modo, usaré la palabra para otros objetos semejantes, pero de tamaño menor: la mesa del cuarto de los niños, la mesa de una casa de muñecas. Pero, ¿no hay un límite en cuanto a la pequeñez del objeto? En otros casos parece que es la función, y no la forma, lo que determina el uso lingüístico. «¿Colocamos la mesa?», pregunto a mi compañero de viaje en el compartimento del ferrocarril, y aludo aquí a una tabla colgante. Normalmente no describiríamos a un cajón de madera como una mesa. Pero, si por falta de algo mejor hemos tendido un mantel sobre ella y depositado allí la comida, podemos muy bien decir que «la mesa está puesta». ¿Podemos llamar mesa a una mesa de operaciones o sólo puede usarse la expresión compuesta?... No tiene objeto, por lo tanto, preguntar qué es lo que una mesa «realmente es». Si en ciertos casos dudo si algo es o no una mesa, esta duda no revela falta de conocimiento acerca de la «naturaleza» del objeto; nace, simplemente, del hecho de que no estoy seguro si estará de acuerdo con el uso aplicar la palabra «mesa» para designar el objeto particular. Esta vacilación, a su vez, resulta del hecho de que es posible usar la palabra de esta manera en ciertas expresiones y ciertas circunstancias, pero no en otras expresiones y en otras circunstancias. Hemos visto, por ejemplo, que en ciertas circunstancias puedo describir un cajón de madera como una mesa, mientras que, claro está, generalmente no lo haría... Estas observaciones acerca de la palabra «mesa» valen para todas las palabras en el uso ordinario cotidiano. Para todas ellas vale que su significado es vago, o que su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un círculo de incertidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones especiales no típicas. La mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en la forma de una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre...". (Ross, 1997: 149/50)

1.) el significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido;

2.) la mayor parte de las palabras son ambiguas;

3.) el significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una determinada expresión;

4.) el significado de una expresión se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación).

El contexto se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formulada teniendo otra en mente, y que el autor quiso que ambas se aplicaran en forma conjunta. A menudo se da por sentado, que ello ocurre con todas las expresiones que aparecen en una misma obra científica, pero si las primeras obras de un autor se toman como datos de interpretación, hay que tener en cuenta que sus opiniones, junto con su terminología y su estilo, pueden haber cambiado con el correr del tiempo, cosa que también puede suceder con las leyes. La situación abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cuál era la intención del autor, es decir, su orientación política, ideas filosóficas, características de las personas a quienes estaban dirigidas sus declaraciones, la razón probable que lo movió a formularlas, los ademanes, las expresiones faciales, el énfasis, etc., además de toda la situación vital, fáctica, física y social, que condicionó la expresión. El principio guía para toda interpretación es el de la primaria función determinativa de significado que cumplen la expresión como una entidad y las conexiones en que ella aparecen, es decir, que el primer análisis se dirige al significado de las palabras, el cual no está construido como un mosaico con el significado de las palabras individuales que la componen, sino en función del todo en el cual las palabras aparecen. En el segundo análisis, referido al contexto y a la situación en que la expresión es formulada, no resulta dado en forma inmediata junto al primero, pues el contexto es aprehendido en forma sucesiva. A su vez, si bien en el lenguaje cotidiano el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado, no son los únicos ya que el significado de las palabras es relativo a un plano diferente que Ross llama sinonímico o sistemático, lo que quiere decir que el significado de una palabra queda determinado más precisamente si se la compara con otras palabras que pueden ocupar el mismo lugar en una frase y que ofrecen un «campo de

significado» más amplio (Ross, 1.62:151/4).⁵³ El hecho de que uno presuponga que existen enunciados interpretativos asertivos, y que por lo tanto es posible predicar de ellos verdad o falsedad, no necesariamente lleva a la tesis una única respuesta correcta, pues existen casos en los que los enunciados son adscriptivos y, por lo tanto, no susceptibles de verdad o falsedad, y sólo serán analíticos luego de que se tomó o estipuló determinada decisión que como tal no es susceptible de verdad o falsedad. Frente a los casos problemáticos las reglas semánticas o sintácticas no ofrecen una solución unívoca, y el uso ordinario de las palabras no nos proporciona nada para resolver el caso, y como no tenemos a qué recurrir para encontrar una solución, lo que debemos hacer es tomar una decisión, que podrá estar muy fundamentada, ser ingeniosa, tener buenas razones para ello, pero siempre será una decisión, incontrolable en términos de verdad o falsedad.

Por otra parte, Larenz (1994:308/10) expone que interpretar es un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático, lo cual depende en primer lugar de que el lenguaje de que la ley se sirve utiliza términos más o menos flexibles cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y la acentuación de la palabra. Muchos conceptos jurídicos no están definidos por ley, y aún los definidos resultan a veces incompletos o equívocos. Asimismo, señala el autor que en otras ocasiones la misión de la interpretación es evitar la contradicción de las normas. Más adelante Larenz (1994:312/6) se pregunta si la meta de la interpretación es la voluntad del legislador (teoría subjetiva) o el sentido normativo de la ley (teoría objetiva), contestando que la verdad está en el medio. Afirma en que tiene razón la primera en que la ley esta hecha por hombres y para hombres y detrás de la ley hay una determinada intención reguladora, y la segunda en cuanto sostiene que una ley tan pronto es aplicada despliega una efectividad peculiar a ella que va más allá de lo que el legislador había intentado. La interpretación -según el autor- no debe ir más allá de la inten-

⁵³ Agrega Ross (1997:154) que: *"...Para el lenguaje cotidiano, sin embargo, el método sinonímico nunca puede remplazar al contexto y a la situación como fundamento de la interpretación. El lenguaje científico, por otra parte, está caracterizado por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma más elevada del lenguaje científico, en el lenguaje símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito. Puesto que las directivas jurídicas están preponderantemente acuñadas en la terminología del lenguaje cotidiano, el contexto y la situación son los auxiliares fundamentales para la interpretación judicial. El método sinonímico-sistemático sólo desempeña el papel más modesto que le cabe en otros usos lingüísticos no científicos..."*.

ción reguladora cognoscible y de las decisiones valorativas subyacentes a la regulación legal, y entonces, su meta sólo puede ser la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy, que no ha de identificarse con el querer del legislador histórico ni hacerse totalmente independiente de ello⁵⁴.

Es posible distinguir tres diferentes concepciones de la actividad interpretativa: **a.) la cognoscitivista:** interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S; **b.) la no cognoscitivista:** interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S; y **c.) la intermedia:** interpretar una formulación normativa F es, según el caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S. Parece bastante plausible adoptar esta última posición, pues interpretar es ciertas ocasiones es una actividad cognoscitiva (informativa; casos típicos), y en otras una actividad decisoria (estipulativa, casos atípicos). (cfr. Guastini, 1.999:203 y ss.; Mendonca, 2.000:153/5).

Es posible considerar que la actividad interpretativa tiene por fin principal eliminar o disminuir la diversidad de sentidos que se le pueden atribuir a un texto normativo.

⁵⁴ Sin embargo, de lo expuesto por el autor parece más bien inferirse que ha tomado partido por la teoría objetiva.

TITULO IV: ALGUNAS PRECISIONES SOBRE FORMULACIONES NORMATIVAS, NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

Resulta atinado recordar la conocida distinción de von Wright (1.970:109 y ss.) en cuanto a la conocida ambigüedad de las expresiones deónticas ("*obligatorio*", "*prohibido*" o "*permitido*"), que pueden ser formuladas para emitir prescripciones y también para informar que hay determinada prohibición, permiso o que algo es obligatorio. En el primer caso ellas expresan normas, mientras que en el segundo expresan proposiciones normativas.

En general se sostiene que las normas carecen de valores de verdad, aunque pueden ser obedecidas o no, y que sólo de las proposiciones normativas es posible predicar verdad o falsedad, aunque no puedan ser obedecidas o desobedecidas (por todos cfr. Bulygin, 1991:170).

Sentado ello, nos parece interesante y útil tomar la distinción que realiza Rodríguez (2.006:12 y ss.) entre las formulaciones normativas, como oraciones que expresan normas, las normas expresadas por dichas formulaciones, y las proposiciones normativas expresadas por enunciados metalingüísticos referidos a las normas. Dentro de las diversas conceptualizaciones de "*norma*" él se limita a considerar las prescripciones, que revisten aquí el mayor interés. De esta forma, una formulación normativa sería una expresión lingüística a través de la cual una autoridad pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta, en la medida en que dicha expresión sea considerada como símbolo, con prescindencia de su significado. Tales formulaciones expresan normas, de modo que sólo corresponde hablar de estas últimas como resultado de la operación que lleva a cabo el intérprete cuando toma en consideración el significado de una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas para sus términos componentes. Así, puede decirse —en palabras de Rodríguez— que una norma es la correlación de un significado a una formulación normativa. Esto lo lleva a considerar que la actividad interpretativa que realizan los juristas consiste en la identificación del significado de una formulación normativa, o en la adscripción de uno entre varios posibles en caso de ambigüedad. Como la operación de interpretación no es siempre unívoca, pueden existir varias interpretaciones plausibles de un mismo texto y muchas veces ellas no son lógicamente equivalentes, debido a los problemas semánticos que aquejan al lenguaje, en particular la ambigüedad. Por último, Rodríguez

denomina proposición normativa en sentido estricto al significado de un enunciado normativo existente que predica la pertenencia de una norma a cierto sistema. De este forma, el enunciado que expresa una proposición normativa lo llama "*enunciado normativo*"; y el que se refiere a un sistema jurídico "*enunciado jurídico*".⁵⁵

También Bulygin (1.991:190) reconoce que no es fácil trazar una distinción conceptual entre normas y proposiciones normativas dada la ambigüedad de las expresiones deónticas, pero una vez detectada, prácticamente todos los lógicos deónticos, por distintas que sean sus ideas, han hecho uso de ella.

⁵⁵ También se suele entender por "*norma*" al significado de una formulación normativa y a las "*proposiciones normativas*" o "*enunciados interpretativos*" como la correlación entre el texto y el significado. No existen inconvenientes en seguir una u otra distinción, siempre que mantengamos coherencia al respecto.

TITULO V: LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION (SINTACTICOS, SEMANTICOS, PRAGMATICOS Y LOGICOS)

Quien ha examinado a nuestro juicio más acabadamente los diversos problemas de interpretación ha sido Alf Ross, quien nos previene diciendo que el principio guía para toda interpretación es la primaria función determinativa de significado de las expresiones, lo que debe tenerse en cuenta al distinguir los diferentes grupos de problemas de interpretación: problemas sintácticos, lógicos y semánticos, agregando que el significado de una expresión depende del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas. Así como las palabras no tienen en sí mismas una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado y también aquí el sentido «natural» está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado «bueno» o «razonable» que concuerde con aquel que el contexto y la situación señalan como tal (Ross, 1.962:159). Dentro de los problemas sintácticos de interpretación el autor destaca las frases adjetivales, cuando los adjetivos y las frases adjetivales califican dos o más palabras, los pronombres demostrativos y relativos y las frases de modificación, excepción o condición. En general estas complicaciones involucran que la interpretación deberá apoyarse en datos no lingüísticos, aunque dichas dificultades pueden solucionarse con una correcta composición lingüística. Siguiendo a Ross (1.962:164/9), los problemas lógicos de la interpretación son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto. Entre ellos se destacan la inconsistencia, que puede ser total-total, total-parcial o parcial-parcial, la redundancia⁵⁶ y las presuposiciones, que pueden ser fácticas o jurídicas.⁵⁷

En cuanto a los inconvenientes semánticos en sentido restringido, nos dice el autor (1997:170) que son aquellos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases, señalando que la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas, es decir, que su campo de referencia es indefinido, aunque en realidad

⁵⁶ Un ejemplo de redundancia normativa lo constituye el art. 44 del decreto-ley nº 15.348/46 que parece comprender las figuras de estelionato y desbaratamiento de derechos acordados (CP, 173 incs. 9º y 11º).

⁵⁷ Las relaciones lógicas se dan entre los textos ya interpretados, por lo que los problemas lógicos no son en puridad problemas de interpretación.

parece más apropiado decir que el campo de referencia de todas las palabras es parcialmente indefinido.

Hart (1995:155 y ss.) explica que en todos los campos de la experiencia hay un límite inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Sostiene que habrá casos obvios que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables, pero también habrá casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no, que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que le faltan otras, y los reconocidos criterios o cánones de interpretación no pueden eliminar -aunque sí disminuir-, estas incertidumbres. Los casos claros parecen, entonces, no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático".

Asimismo, expresa que: *"... Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar... El lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar es razonamiento jurídico... Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una 'textura abierta'... La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos*

clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho... Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos...".

Asimismo, desde un punto de vista escéptico, Kelsen (1984:166 y ss.) indica que la interpretación de una norma no conduce, necesariamente, a una solución única, y puede presentar varias soluciones que, desde el punto de vista jurídico, son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Para Kelsen, la decisión entre diferentes opciones interpretativas es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva, ya que los métodos interpretativos no permiten llegar a un resultado correcto, además de que no es posible privilegiar un método sobre otro, como tampoco que la interpretación resultante de uno de ellos sea superior a otra.

También se ha ocupado detenidamente del tema en nuestro medio Nino (2001:259 y ss.) quien hace referencia en primer lugar a las ambigüedades, en el sentido de que una oración puede expresar más de una proposición, sea porque alguna de las palabras que la integran tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equivocidad sintáctica. Hay casos de ambigüedad semántica que da lugar a mayores equívocos, debido a que los varios significados de las palabras tienen una estrecha vinculación entre sí. También pueden producirse ambigüedades equívocas cuando una expresión tiene un significado vulgar relacionado con su uso científico, pero diferente a él. Y, por último, la ambigüedad semántica puede originarse muchas veces en un significado metafórico que con el tiempo va

creando un significado independiente al original. Pero también es posible que una misma oración tenga varios significados a causa de su ambigüedad sintáctica en la conexión entre las palabras que la integran, como por ejemplo la conectiva "o" que puede interpretársela con la función de una disyunción excluyente o incluyente.

El autor menciona también a las imprecisiones, en el sentido de que la proposición efectuada puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de algunas de las palabras que forman parte de la oración. Así, distingue entre la vaguedad propiamente dicha, que normalmente se identifica con palabras como "alto", "rojo", "lindo" etc., donde se hace referencia a una propiedad que se da en la realidad en grados diferentes, y la vaguedad combinatoria, que se produce cuando algunas de las propiedades relevantes para el uso de cierta palabra pueden estar ausentes y, sin embargo, usarse lo mismo tal término dada la presencia de propiedades relevantes. Otro supuesto de vaguedad de mayor intensidad se produce cuando no sólo no hay propiedades que sean aisladamente indispensables para la aplicación de cierta expresión, sino que hasta es imposible dar una lista acabada y conclusa de propiedades suficientes para el uso del término. El último caso lo constituye la llamada "textura abierta" o vaguedad potencial del lenguaje, a la que ya hemos hecho referencia.

También se suele mencionar un fenómeno cercano a la vaguedad pero no idéntico, consistente en la falta de especificidad, que se produce cuando se utilizan conceptos muy generales que engloban una clase muy amplia de individuos o cosas, sin especificar a cuál o cuáles se hace referencia (cfr. Lifante Vidal, 1999:222).

Aarnio (1987:109 y ss.) ha dicho que los textos jurídicos tienen lagunas, es decir, no pueden dar respuesta a todas las cuestiones que sólo se materializan posteriormente. En muchos casos el intérprete debe buscar la información fuera del texto. Por otra parte, caracteriza la interpretación jurídica por la existencia de fundamentos de autoridad para la interpretación (fuentes del derecho), y de principios que rigen su utilización que han sido interiorizados por la comunidad jurídica. De este modo una interpretación puede catalogarse como jurídica sólo si se basa en fuentes del derecho autorizadas y ha respetado los principios reconocidos del proceso de interpretación. Agrega que en la interpretación jurídica no sólo es significativa la relación entre quién emite el texto y quién lo interpreta, sino también entre el intérprete y la comunidad jurídica, debiendo llegar a un nivel de aceptabilidad general.

Guastini (1997:123) expone que los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos jurídicos. La primera concierne al significado de los vocablos y sintagmas, mientras que la segunda puede depender de estos últimos (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica) o del contexto en que se usan (ambigüedad pragmática). La vaguedad es una propiedad de la referencia de los predicados y en los lenguajes naturales es una característica de ellos. La ambigüedad semántica es una propiedad del sentido mismo de los predicados que responde a la pregunta: "¿Qué cosa se entiende?", donde se admiten una pluralidad de respuestas. La ambigüedad sintáctica depende de la estructura lógica de los enunciados, es decir, del modo en el que las palabras están conectadas entre sí, y asume diferentes supuestos que no vamos a repetir ya que están suficientemente desarrollados en Ross como precedentemente referimos (1.962:159 y ss.). Finalmente, la ambigüedad pragmática implica que un enunciado es ambiguo cuando puede ser utilizado para cumplir diferentes actos de lenguaje y en el contexto no queda claro qué acto lingüístico ha sido cumplido (cfr. Guastini, 1997:124/8).

Más adelante el autor (1997:129/30) caracteriza también las nociones de antinomia (cuando dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles) y lagunas (cuando no hay alguna norma que conecte una consecuencia jurídica a un determinado supuesto de hecho), subrayando que en puridad no son problemas interpretativos, sino el resultado de las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos. De este modo, la vaguedad y la ambigüedad requieren decisiones interpretativas en sentido estricto, la primera entre dos o más significados y la segunda una sobre los confines del significado. En cambio, las antinomias se resuelven negando la aplicación de una de las normas en conflicto y las lagunas integrando el ordenamiento o añadiendo una norma nueva.

Por otra parte, debemos tener en cuenta la advertencia que nos formula Carrio (1990:25) en el sentido de que muchas de las disputas o discrepancias entre juristas están contaminadas por la falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados que típicamente aparecen en la teoría jurídica. Algunos de estos desacuerdos (Carrio, 1990:95 y ss.) son pseudo-disputas originadas en equívocos verbales, otros constituyen pseudo-desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas. Además existen disputas sobre

clasificaciones, sobre la "*naturaleza jurídica*" de una institución y, en fin, controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto.

.En este punto volvemos a Hart (1.961:183/4) quien expone que tanto el formalismo como el escepticismo ante las reglas son grandes exageraciones, la verdad se encuentra en el medio, la cual aparece en el momento en que los jueces usan la función creadora que les deja la textura abierta del derecho.

TITULO VI: TIPOS DE INTERPRETACION

Desde el punto de vista de quién interpreta un texto legal, puede distinguirse entre la interpretación auténtica, en la que el legislador interpreta el texto promulgado, o más exactamente la que el legislador da a conocer por los mismos medios empleados para promulgar la ley, o sea, mediante otra ley; la legal, que realiza un órgano específico del Estado con competencia especial para ello, la operativa, que hace el órgano jurisdiccional que aplica las reglas a un caso concreto, y la doctrinal, que se realiza en la ciencias jurídicas en general y en la dogmática jurídica en particular (Wróblewski, 1985:35/6).

Desde otra óptica podemos hablar de interpretación-conocimiento que consiste en conocer, determinar o describir el significado de una determinada expresión, y de la interpretación-decisión que consiste en proponer, decidir o atribuir a una determinada expresión un significado con preferencia sobre otros.

La primera de ellas pareciera aproximarse a una definición lexicográfica, mientras que la segunda a una estipulativa. Kelsen llama a la primera interpretación científica y a la segunda interpretación auténtica (cfr. Guastini, 1999:203).

Guastini (.999:204) distingue además entre la interpretación "*en abstracto*" y la interpretación "*en concreto*". La primera, orientada al texto, consiste en reformular o traducir el enunciado interpretado, cuyo resultado es un nuevo enunciado (enunciado interpretativo). La segunda, orientada a los hechos, consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de la norma, cuyo resultado es un enunciado normativo individual y concreto que califica el supuesto de hecho sometido a examen.

Finalmente, el autor italiano nos previene al decir que en el lenguaje común de los juristas los enunciados interpretativos son usados de dos formas: para formular una decisión interpretativa, es decir, adscribir significado a un texto normativo, o para referirse a una decisión interpretativa de otro, es decir, para transmitir una información acerca del significado que alguien ha adscrito al texto en cuestión. En cuanto a las decisiones interpretativas, afirma que a veces los intérpretes deciden atribuir a la disposición en cuestión uno de los significados reconocibles o reconocidos, y otras veces los intérpretes deciden atribuir a la disposición en cuestión no ya uno de sus significados reconocibles o reconocidos, sino otro significado (Guastini, 1999: 204/6).

TITULO VII: TEORIAS DE LA INTERPRETACION

Hernández Marín (1999:57 y ss.) refiere en primer lugar a las doctrinas prescriptivas, entre las que encuentra a la objetiva, que propugna que el intérprete atienda a la voluntad de la ley, y la subjetiva, que atiende a la voluntad del legislador. También menciona que hay teorías que sostienen que hay enunciados interpretativos que son enunciados jurídicos. Así, la llamada "*interpretación auténtica*", que pregona la existencia de enunciados interpretativos jurídicos que son formulados por el legislador, mientras que otros opinan que existen enunciados interpretativos jurídicos formulados por la ciencia del derecho. Enuncia que dentro de la categoría anterior hay teorías que conciben la interpretación como una actividad potencialmente modificativa del derecho, dentro de las que encuentra a la teoría de la interpretación correctiva, la de la interpretación como solución de las imprecisiones de los enunciados jurídicos y la interpretación como adaptación del derecho. En tercer lugar indica a las teorías que niegan que los enunciados interpretativos sean asertivos, entre las que distingue: **1.)** las que niegan las concepciones descriptivas; **2.)** las que consideran a los enunciados interpretativos como prescriptivos, y **3.)** las que consideran a estos últimos como enunciados adscriptivos. En cuarto y quinto lugar señala a las teorías que sostienen que la interpretación no consiste en atribuir sentido a los enunciados jurídicos y las teorías que niegan que la interpretación consista en determinar el sentido total de los enunciados jurídicos. Finalmente, menciona a las teorías que sustentan que los enunciados que atribuyen sentido total a un enunciado jurídico no son equivalentes a enunciados que afirman la existencia de relaciones de sinonimia entre enunciados y las teorías que hacen distinciones en los enunciados jurídicos interpretados.

De un modo más simple Segura Ortega (2003:63 y ss.) divide a las teorías de la interpretación en prescriptivas y descriptivas. Dentro de las primeras, cuya pretensión principal consiste en cómo deben interpretar las normas los sujetos que aplican el derecho, distingue las tesis subjetiva, objetiva y las que conciben la interpretación como argumentación. Las teorías descriptivas sólo pretenden hacerse cargo, a su entender, del proceso real de toma de decisiones, prestando una especial atención a la actividad que se desarrolla en los tribunales.

TITULO VIII: DIRECTIVAS DE INTERPRETACION

Las directivas de interpretación son criterios que se proponen con el objeto de orientar y limitar al intérprete en la tarea de búsqueda del significado de una formulación normativa. Wróblewski (1989:119) distingue entre las directivas de primer y segundo grado. Las de primer grado son aquellas que indican cómo utilizar los elementos de los contextos de la norma jurídica para eliminar toda duda acerca de su sentido inmediato. Las de segundo grado son aquellas que procuran resolver los problemas que se presentan en la interpretación jurídica relativos a la manera en que deben emplearse las directivas de primer grado, así como las dificultades que surgen cuando, al utilizar las diversas directivas de primer grado, no obtenemos un resultado unívoco. Estas últimas pueden ser de procedimiento, cuando indican en qué momento y en qué orden se deben utilizar las directivas de primer grado, o de preferencia, en cuanto determinan cuándo se debe preferir el sentido obtenido con ayuda de las directivas de un grupo, al sentido extraído con ayuda de las directivas de otro grupo. Dichas pautas pueden ser normativas o doctrinales.

Zuleta Puceiro (2006:81/2) señala que las directivas de interpretación son pautas de conducta que conviene distinguir de las reglas y de los principios jurídicos en sentido estricto. Ellas engloban instrucciones, recomendaciones, consejos y pautas de "*buen práctica*" o de corrección en el proceso aplicativo de la ley. En cambio, las reglas combinan un caso con una calificación jurídica, consistente en una calificación de la conducta prevista en el tipo desde el punto de vista de su carácter de obligatoria, prohibida o permitida, mientras que los principios serían reglas abiertas con contenido prescriptivo. Por otra parte, las directivas tienen por objeto una función heurística, por cuanto apuntan a facilitar la tarea interpretativa y justificatoria en la medida en que proveen argumentos o razones. También se les atribuye una función organizacional, pues establecen competencias y esferas de ejercicio de poder (Zuleta Puceiro, 2006: 83/4).

Desde el punto de vista normativo, el derecho positivo argentino hace referencia a ciertas pautas de forma, un tanto parcial y descoordinadas en las diferentes ramas jurídicas. Así, el Código Civil en sus arts. 16/7, el Código de Comercio en los arts. 4/5, el

Código Penal en los arts. 77/8 y, especialmente, la Constitución Nacional en el Preámbulo y distintas disposiciones de su parte primera.

Sin embargo, como veremos, no existe un método matemático mediante el cual pueda establecerse un orden jerárquico entre los cánones interpretativos con el fin de poder llegar en todos los casos a una única solución correcta de los supuestos que se presentan, sin perjuicio de que dichas indicaciones legales en armonía con los criterios interpretativos reconocidos puedan brindar una solución más plausible o "justa" del caso.

TITULO IX: CRITERIOS DE INTERPRETACION

Por razones estrictamente prácticas hemos dividido el tratamiento de este punto en las opiniones de los juristas vinculados a la filosofía o teoría del derecho y los relacionados al derecho penal.

CAPITULO 1: LAS OPINIONES EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Aseff (2004:69 y ss.) narra el desarrollo histórico de los diferentes métodos, ocupándose en primer lugar del método exegético, que se vincula con la interpretación literal y que, basado en la voluntad del legislador, mantiene la premisa de la significación unívoca del texto, donde el juez es totalmente neutro en cuanto a la creación. Seguidamente se refiere al método histórico, propuesto originariamente por Savigny, expresando que de acuerdo con él, el derecho se origina en el pueblo, en sus historia, costumbres y proyección y encarnación de su espíritu, siendo la interpretación la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley, para lo cual se debe recurrir al análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático. En tercer y cuarto lugar, analiza el método comparativo, como una variedad del exegético, y el método científico o de la libre investigación científica, originado en Geny, quien propone una reconstrucción racional a partir de los elementos extraídos de la realidad natural y social, encontrándose sus principios rectores en el derecho natural, y confiriéndole al juez una facultad creadora basada en los aportes de la ciencia de su época. El método sociológico, influido por el nacimiento de la sociología, destaca la importancia de las instituciones sociales en el origen de las reglas jurídicas. Por su parte, la escuela del derecho libre, en contraposición al positivismo y al formalismo, pregona la existencia de un derecho libre anterior contrapuesto al dictado por el Estado, resultando insuficiente el derecho legislado. La jurisprudencia de los conceptos representa la idea de que toda interpretación de la ley se reduce a una operación lógica y autónoma, desvinculada del legislador histórico. Los métodos teleológicos morigeran sus consecuencias, a partir de los postulados de Ihering, quien introduce la noción de fin o finalidad, y de otras corrientes como la jurisprudencia de los intereses en el ámbito del derecho privado (Heck). Finalmente, el método tópico retórico

(Viehweg), recurriendo a la tónica aristotélica, admite la alterabilidad del significado de la ley y a la dogmática.

Para Guastini (1999:211 y ss.), existen dos tipos fundamentales de interpretación, la llamada literal o declarativa, y la denominada correctora. Dichos conceptos son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos, es decir, que no puede haber una interpretación que sea al mismo tiempo literal y correctora, y no puede haber una interpretación que no sea literal o correctora. Asimismo, dichos conceptos son lógicamente interdependientes, en el sentido de que la interpretación correctora se define por contraposición a la literal, pues el concepto de esta última es primario, mientras que el de la correctora es secundario. El autor nos ilustra que, según el punto de vista habitual, la interpretación literal o declarativa es aquella que no atribuye a las disposiciones normativas nada más que su "*propio*" significado, pero entiende que ello es ingenuo y falaz, ya que las palabras no están dotadas de un significado "*propio*", independiente de los usos. Asimismo, podría definirla como aquella interpretación que atribuye a una disposición su significado "*literal*" más próximo o inmediato, es decir, el que es sugerido por el uso común de las palabras y sus conexiones sintácticas, pero también aquí el autor expresa que esta definición peca también de falta de rigor, ya que no es posible establecer con claridad cuál es el significado literal de las palabras y, en consecuencia, trazar una línea precisa de demarcación entre la interpretación literal y otros tipos de interpretación, pues el significado literal es una variable dependiente de la competencia lingüística y de la intuición de cada uno, lo que es ampliamente subjetivo. Por otra parte, nos alerta que los adjetivos "*declarativa*" y "*literal*" nos son perfectamente intercambiables, ya que ponen el acento sobre aspectos distintos de la misma técnica interpretativa: el primero subraya que se adhiere al significado querido por el legislador y el segundo subraya que se adhiere al significado precisamente literal de la disposición interpretada. A favor de la interpretación declarativa se alega el argumento del lenguaje común y el argumento *a contrario*. El primero de ellos alude al significado ordinario de las palabras y a las reglas gramaticales comúnmente aceptadas. Sin embargo, el significado ordinario es frecuentemente controvertido, dado que la mayoría de las expresiones son vagas y ambiguas y las reglas gramaticales suelen ser muy elásticas (Guastini, 1999:213). En cuanto al segundo de los argumentos, se lo entiende como que el legislador ha dicho exactamente lo que pretendía decir y, en cuanto a lo que no ha dicho, evidentemente no lo pretendía decir,

pues si así lo hubiese querido, lo habría dicho. Este argumento se erige a favor de una interpretación literal y no de una interpretación restrictiva (Guastini, 1999:215). Con referencia a la interpretación correctora, sostiene que sería aquella que no atribuye a un texto normativo el significado literal más inmediato, sino un significado distinto, el cual puede ser más amplio (interpretación extensiva) o más restricto (interpretación restrictiva). Expone que los argumentos que excluyen la interpretación literal, y postulan la correctora son tres:

a.) el argumento lógico, psicológico o teleológico: que apela a la intención del legislador, el que también puede invocarse en apoyo de una interpretación declarativa, pero en dicho contexto es accesorio y no estrictamente necesario;

b.) el argumento *ad absurdum*, que apela a la supuesta razonabilidad del legislador;

c.) y el argumento naturalista, que apela a la naturaleza de las cosas, es decir, al cambio de las circunstancias de hecho.

Guastini menciona como otra técnica de interpretación correctora a la interpretación sistemática y, dentro de ella, a la interpretación conforme. Según la primera, se pretende obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el "*sistema*" del derecho, lo cual se podría lograr mediante diferentes técnicas, como por ejemplo combinando diversos fragmentos de una norma, expresados por distintas disposiciones normativas; o mediante el argumento de la "*sedes materiae*", es decir, que determinada disposición debe ser entendida de una forma determinada en virtud de su ubicación en el discurso legislativo; o apelando a la presunción de que en el lenguaje legislativo se da una constancia terminológica, en el sentido de que cuando el legislador emplea un término constantemente lo hace con el mismo significado y, recíprocamente, cuando emplea términos distintos, estos no pueden tener el mismo significado; o argumentando que toda expresión del lenguaje legislativo recibe su significado del contexto específico en el que está situada; o sosteniendo como solución interpretativa alguna construcción dogmática preconstituida; o utilizando procedimientos comúnmente empleados para resolver antinomias, entre otros. La interpretación conforme, por su parte, se caracteriza como una especie de interpretación sistemática, y Guastini distingue dentro de ella dos subtipos: la que adapta el significado de una disposición al significado de otra disposición de rango superior y cuando se adapta el significado de una disposición a un principio general del derecho. Finalmente el autor menciona a la inter-

pretación histórica y a la evolutiva. La primera hace referencia a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos al momento de su promulgación y la segunda le adscribe un significado nuevo y distinto del "histórico".

En similar línea de argumentación parece enrolarse Gianformaggio (1987:90 y ss.), quien dentro de la interpretación-actividad distingue la interpretación-actividad noética, la interpretación-acto lingüístico y la interpretación-actividad dianoética, señalando que la primera no es una actividad lógica y que los tres significados de interpretación-actividad especificados entienden a la interpretación como acto lingüístico de adscripción de significado a un signo. No existe para ella ninguna interpretación que pueda calificarse de "verdadera", como tampoco existen criterios objetivos para aceptar una interpretación y rechazar otra, lo que implica que los argumentos utilizados por los juristas tienen más bien carácter retórico y no lógico.

Larenz (1994:316 y ss.) manifiesta que una ley consta las más de las veces de normas jurídicas incompletas, que sólo juntamente con otras normas se complementan en una norma jurídica completa o se asocian en una regulación, y por encima de esta función general del contexto, la conexión de significado de la ley juega un amplio papel en orden a su interpretación, por lo que entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene preferencia la percepción de concordancia objetiva con otra disposición. Según el autor, este criterio de conexión de significado exige prestar atención al contexto en primer lugar. Si todavía quedan abiertas diferentes posibilidades interpretativas, aparece el elemento histórico, entendido como la intención reguladora del legislador histórico o su propia idea normativa, que ha de tenerse en cuenta al averiguar el sentido normativamente decisivo. Más adelante, expone los criterios teleológicos-objetivos, que distingue en dos grupos: los fines objetivos del Derecho, como el aseguramiento de la paz y la justa resolución de los litigios y la aspiración de que una regulación sea "*conforme con la cosa*", entendida en consideración a su singularidad y especial estructura de cuya regulación se trata la norma a interpretar.⁵⁸ Finalmente, entre los principios ético-jurídicos a los que ha de orientarse la interpretación, revisten capital importancia –para Larenz– los principios elevados a rango constitucional, por lo que la conformidad con la Constitución es un criterio de interpretación.

⁵⁸ La interpretación teleológica-objetiva parece apuntar al fin de la norma, a diferencia de lo que ocurre con la histórica, que pretende desentrañar la concepción del legislador.

Con relación a la interpretación literal, nos alerta Mazzaresse (2000:599/609) que el literalismo puede ser entendido como la concepción que pregona que el significado literal es todo lo que se necesita para definir el significado, aunque opuestamente se ha dicho (antiliteralismo radical) que el significado es una función de una pluralidad de variables entre las que el significado literal tiene una papel subsidiario. En el medio se encuentra el antiliteralismo moderado y el literalismo moderado. Con el primero de ellos se hace referencia a un conjunto de posiciones heterogéneas que tienen por objeto datos o fenómenos lingüísticos, que a nivel sintáctico o semántico o pragmático interaccionan e interfieren con la mera formulación lingüística de un enunciado, condicionando fuertemente la individualización del significado. A nivel sintáctico se suelen examinar distintos tipos deícticos.⁵⁹ A nivel semántico se ocupan de la ambigüedad, vaguedad y otras formas de *open texture*. Y a nivel pragmático se centran en la teoría de los actos de habla o en la concepción del significado como uso. No obstante su variedad, existe una creciente atención por las nociones de texto y de co-testo, consideradas ineludibles para una mejor comprensión del "significado", lo que representa un paso progresivo desde una concepción literal (textual) a una concepción contextual del significado. Asimismo, la autora menciona en el campo del derecho a Tarello, quien argumenta en favor de la "semántica del neurístico", en el sentido de que en la interpretación de una formulación normativa se debe tener en cuenta la intención del legislador o finalidad de la norma (su *ratio*), y la variedad de formas que éstas pueden asumir comportan una pluralidad de formas distintas en las que puede entenderse una formulación normativa. Con la expresión literalismo moderado se denomina la posición de los lingüistas que sostienen que debe mantenerse, aunque sea reformulada, alguna noción de significado literal. Mas adelante, Mazzaresse (2000:610) expone que la noción de significado literal no permite fundar un criterio interpretativo aceptable de forma incontrovertida; como máximo su papel debe circunscribirse al de conducir al oyente en la identificación de los puntos relevantes del contexto de la información, que deben ser utilizados para dar cuenta de una interpretación. Aún desde la perspectiva del literalismo moderado el significado literal es considerado como punto de partida, pero no necesariamente como el marco en el que circunscribir la interpretación. Por otra parte, aduna que cuando los juristas hacen referencia al sentido "literal" no esta del todo claro a qué se refieren, pues tal término no es unívoco y se entiende tanto

⁵⁹ Enunciados cuyo significado es contingente por la presencia de expresiones autorreferenciales.

como "gramatical", "inmediato", "lingüístico", "obvio", "ordinario", "patente", "propio", "semántico", etc. Lo mismo sucede con el término "interpretación". De esta forma, concluye que dos de los cuatro sentidos combinatoriamente posibles de interpretación literal resultan un sinsentido, el tercero resulta autocontradictorio, y el cuarto parece sensato, es decir, si tomamos la interpretación literal en combinación con una concepción heterodoxa de la interpretación con el literalismo jurídico, según la cual el significado literal es quizás el punto de partida, pero cuyos confines no son necesariamente insuperables. De este modo para la autora la locución "interpretación literal" no identifica ningún criterio preciso, unívocamente determinado, sino que remite a una pluralidad de criterios heterogéneos en relación con distintas lecturas de cada texto normativo (2000:610/22).

Vernengo (1971:6) afirma que aun aceptando provisionalmente alguna lógica o sintaxis normativa admisible para el análisis del material normativo, no es posible desconocer que los instrumentos de investigación semántica con los que se cuentan son relativamente pobres en su fuerza explicativa. La interpretación de las normas ha de encontrarse en la clase de sus expresiones equivalentes, agregando que entender un enunciado significa disponer de una traducción aceptable del mismo, entendiendo por traducción no sólo la correlación entre expresiones de igual sentido en dos lenguajes diferentes, sino también como la correlación de equivalencia entre expresiones de un sublenguaje y las expresiones correspondientes del lenguaje natural que abarca al sublenguaje en cuestión (1971:37/9), aunque inmediatamente admite que no existe *a priori* garantía alguna de que el lenguaje en que se pretende explicar el sentido del enunciado que no se comprende enteramente disponga de una traducción apta, lo que depende de la riqueza terminológica y sintáctica del lenguaje al que se efectuará la versión.⁶⁰ Más adelante reflexiona (1971:65) que nunca el sentido literal puede alcanzarse mediante una simple investigación sintáctica o semántica. Interpretar literalmente el tenor de la ley es: **1.)** una tentativa de formular un enunciado que sirva de explicación racional con respecto de decisiones posibles; **2.)** una tentativa de formular una premisa normativa para una decisión, en el caso del órgano judicial, cuando no se quiere

⁶⁰ Es importante resaltar que según Vernengo (1971:60): "...La sustituibilidad de los términos, en el discurso normativo es el resultado de una sinonimia convencional, de una decisión léxica. Ninguna investigación de la realidad -sino la aceptación de la regla lingüística de equiparación- permitirá comprobar que la interpretación 'literal' de una norma impone los mismos deberes o concede iguales derechos. La interpretación más rigurosamente 'literal' es incapaz de enunciar una norma que regule lo mismo que la primitiva interpretada, si de antemano no se ha resuelto, por un acto de decisión lingüística, que ambas tengan el mismo alcance normativo...".

manifestar expresamente que se efectuará una creación libre de derecho, por vía de la interpretación extensiva, restrictiva o analógica. La invocación de la interpretación literal tiene visos de constituir una aplicación lisa y llana del derecho. Concluye (1971:101) que la concepción clásica de la interpretación literal no sólo descuida el contexto y la situación, sino que no advierte que el sentido literal de un término es función del enunciado que integra. Es por ello que Ross sostiene que la tesis de que la interpretación de la ley puede o debe partir del significado corriente de las palabras es un punto de vista ilusorio, sólo -dice Vernengo- los otros dos factores, el contexto y la situación, permiten establecer un sentido razonable.⁶¹

Nuevamente Aseff (2004:78 y ss.) explica que el método literal es el más sencillo, inicial e indispensable, asociado con la escuela de la exegesis, aunque resulta un mito la creencia de su suficiencia, ya que resulta impotente para resolver los problemas que se le presentan al jurista en la aplicación de la ley. La interpretación lógica es una extensión de este último, en tanto la expresión vale no sólo por los términos que emplea sino por la manera en que los juicios que conforman un razonamiento se encuentran encadenados. La interpretación sistemática tiene por objeto interpretar una norma de sentido dudoso, ambiguo o polisémico. Toda interpretación debiera ser sistemática en el sentido de que para entender correctamente una norma jurídica y el precepto en ella contenido es menester relacionarlo con todos los temas del ordenamiento positivo, puesto que una norma aislada no es más que un elemento que forma parte de un todo. Dicho método tiene como objeto suministrar ciertas soluciones para las antinomias mediante los criterios cronológico, jerárquico y de la especialidad, es decir, mediante las máximas *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* y *lex specialis derogat generali*. Cuando los criterios se encuentren en conflicto se deberá recurrir a otros métodos, como el uso del argumento *a coherentia* o el *sedes materia*.

Si bien es cierto que estos criterios no resuelven todo posible conflicto entre normas, no parece plausible sostener que puede haber conflictos entre tales criterios ya que la *lex superior* no puede entrar en conflicto con la *lex posterior*, pues este último sólo se aplica entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, que presupone que el criterio de *lex superior* no resulta aplicable. Por otro lado, la *lex specialis* no puede entrar en conflicto con *lex superior* ni con *lex posterior*, porque estos dos últimos sólo funcionan una vez que

⁶¹ Sobre el pensamiento de Ross ver el título V de esta sección.

ya se ha llevado a cabo la operación de interpretación y, como consecuencia de ella, se dispone de dos normas incompatibles.⁶²

La interpretación subjetiva, prosigue Aseff, se encuentra destinada a indagar la voluntad del legislador, mientras que la interpretación auténtica es la que hace el propio legislador cuando resulta necesario precisar el alcance de una norma ya dictada. La interpretación teleológica esta orientada por los fines específicos de la materia en análisis. El llamado realismo jurídico norteamericano ha hecho ciertos aportes al respecto partiendo de la base de que ni la norma legislada ni el precedente pueden actuar directamente como premisa mayor del silogismo judicial, ya que en general es necesaria una reformulación, lo que implica un acto de creación de los jueces. Ello obedece a la indeterminación del derecho, lo que se traduce en un escepticismo general ante las reglas, pues el grado de indeterminación es tal que imposibilita que en las reglas se encuentre predeterminada la decisión a adoptar para solucionar todos los casos particulares. Algunos autores realistas ven como positivo que exista un alto grado de discrecionalidad en la aplicación de las reglas por parte de los jueces, aunque reconocen que al interpretar las normas estos resultan insuficientes para eliminar totalmente las indeterminaciones ya que los límites son siempre vagos e indefinidos. No obstante, algunos autores realistas suelen matizar esta afirmación diciendo que existen ciertos límites y controles a la discrecionalidad judicial. También los realistas sostienen una aplicación o interpretación del derecho finalista (*purposive adjudication*), lo que puede traducirse como una interpretación que atienda a los propósitos u objetivos que se pretenden alcanzar a través de la regla, una especie de determinar la finalidad u "objetivo social" en el momento de aplicación de la regla. Otros autores realistas agregan que la indeterminación del derecho no sólo se debe a la indeterminación de las reglas sino también de los hechos, lo que para algunos autores no son más que interpretaciones humanas selectivas o conjeturas. De esta forma, la interpretación de la norma afecta la de los hechos y viceversa. En general puede decirse que los realistas piensan que el objeto de la interpretación son los materiales jurídicos que van a dar lugar a la construcción de la premisa mayor. En el caso de las leyes, ella consistiría en aclarar las imprecisiones que vienen dadas por diferentes motivos. Por otra parte, parece ser que la interpretación es una actividad ligada directamente a la aplicación del derecho (cfr. Lifante Vidal, 1999:98 y ss.).

⁶² Sugerencia efectuado por el Dr. Jorge L. Rodríguez en conversación privada.

Con relación a la interpretación sistemática, Veluzzi (1998:67 y ss.) afirma que un modo típico de interpretar sistemáticamente consiste en hacer referencia a la situación de la disposición normativa (*sedes materiae*); otro está constituido por la técnica de la disposición combinada, según la cual la norma esta constituida por fragmentos de disposiciones normativas combinadas entre sí; un tercer tipo hace referencia a la constancia terminológica: el legislador cuando emplea un término o vocablo siempre lo hace en igual sentido, y también a la inversa, de inconstancia terminológica. Otras veces se habla de interpretación sistemática cuando se recurre a construcciones dogmáticas para atribuir significado a una disposición normativa. Suele utilizarse también el argumento de la coherencia con el fin de evitar antinomias y contradicciones normativas. Con ello el autor pone de resalto que la noción de interpretación sistemática se utiliza con relación a argumentos interpretativos heterogéneos, concluyendo en que ella puede dividirse en dos subclases: en sentido fuerte y débil. Funda tal distinción en el hecho de que a la primera son reconducibles aquellos argumentos que permiten hacer coherente el sistema, asumiendo una función en la atribución o preferencia de un significado, en la corrección en sentido restrictivo o extensivo del significado del texto normativo, es decir, prevenir las antinomias. En cambio, a la segunda son reconducibles los otros argumentos (inconstancia terminológica, *sedes materiae* etc.), ya que en estos casos la atribución del significado se lleva a cabo en función de los criterios textuales o teleológicos. Con relación a la denominada "*interpretación histórica*", más allá de lo que ya hemos expuesto y con riesgo de ser reiterativos, hay que decir que de acuerdo con Ross (1.962:173) la primitiva teoría de la función de la administración de justicia suponía que las concepciones operativas consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados. El significado de una ley no es siempre claro, y a menudo tiene que ser descubierto mediante interpretación (como tarea teórico-empírica). No siempre se puede establecer con certeza el significado, y el juez tienen entonces libertad para estimar qué es lo que en las circunstancias debe ser presumido como lo más probable. De acuerdo, a ello el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez sería entonces un autómatas que tiene que respetar la ley y su función se limitaría a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir. Expone el autor que ello es equivocado, y para advertirlo basta con señalar que la interpretación con frecuencia

no conduce a ningún resultado cierto, pues la inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que, a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. Es razonablemente posible definir el significado de las palabras de tal manera que los hechos resulten comprendidos por la ley. Pero también es posible, en forma igualmente razonable, definir el significado de las palabras de tal manera que el caso quede fuera del campo de referencia de aquélla (Ross, 1.962:173/4). La interpretación como actividad cognoscitiva tiene entonces que fracasar, pero el juez no puede dejar de decidir, y ello ha de originarse en una valoración. El juez es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como "*correctas*", de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Existe entonces, para Ross, un límite borroso entre: **a)** aquellos casos en los que el juez cree que hay -en la ley misma o en su historia legislativa- ciertos elementos que prueban que su interpretación concuerda con la intención del legislador; **b)** aquellos casos en los que, con acierto o con error y sin tener una clara conciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador; y finalmente **c)** aquellos casos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley a la luz de ideas que no pueden ser atribuidas al legislador, y que incluso posiblemente se hallan en oposición directa con las intenciones de este último.

Asimismo, explica Ross (1.962:156/7) que a menudo se hace una distinción entre las llamadas *interpretación subjetiva e interpretación objetiva*, en el sentido de que la primera se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar, mientras que la última se dirige a establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo. La diferencia entre una y otra no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación, ya que toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende, entonces, de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado (personal y de hecho ligado a la composición de la expresión y a su declaración). La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión. De conformidad con lo dicho parece que es inconcebible un estilo de inter-

pretación completamente objetivo, en el sentido de que se funde exclusivamente en las palabras de la ley. La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho (Ross, 1.962:178). Por otra parte, hay que tener en cuenta que el legislador no es una persona individual, y que las leyes suelen ser en gran medida producto del trabajo de personas que no integran la legislatura y, en última instancia, la real voluntad del legislador se encuentra en los miembros de la cámara que han votado el proyecto de ley. La respuesta que propone dubitativamente Ross al respecto es que ello es una convención.⁶³ Por otro lado, los antecedentes legislativos se tornan menos importantes a medida que la ley envejece, y la interpretación subjetiva de la ley asume entonces el carácter de interpretación histórica de la ley. Como bien lo expresa Ross (1.962:180/1), es prácticamente inevitable que el juez se resista al poder de los muertos si las condiciones de la vida presente favorecen una interpretación animada de un nuevo espíritu. Por lo tanto, en la explicación de Ross (1.962:193/4) la distinción entre las llamadas teorías objetivas y subjetivas es falsa: éstas se distinguen por los elementos que toman en cuenta y por la importancia atribuida a la historia de la sanción de la ley, y es una cuestión de hecho saber si los tribunales siguen una u otra.

Por otra parte, Dworkin explica que en una primera etapa preinterpretativa se trata de identificar el objeto interpretado. En una segunda etapa, propiamente interpretativa, se busca averiguar cuál es el sentido de la práctica social. Finalmente, en una tercera etapa, posinterpretativa, se trata de elegir una de entre varias teorías desarrolladas en la etapa anterior.

No podemos concluir este punto sin hacer mención del debate más significativo que tuvo la teoría del derecho en los últimos años, el debate Hart-Dworkin. Resulta imposible hacer un análisis minucioso de él en este trabajo, además de que existen numerosos autores que se han ocupado de su exposición sistemática. Por tal motivo, haremos una breve referencia del estudio preliminar que ha realizado Rodríguez (1997:25/88 y ss.)

⁶³ "...Una vez que se admite la importancia de los antecedentes legislativos, dicha convención sirve de base para la conclusión razonable de que la pasividad de los miembros que votaron puede ser considerada como expresión de que, al hacerlo, aprobaron las opiniones aclaratorias de la ley vertidas en el curso del proceso de sanción de ésta. Porque de acuerdo, precisamente, con esta convención, los miembros de la legislatura tienen un motivo para familiarizarse con lo que ocurre durante ese proceso, y si no se oponen a lo expresado en el curso del mismo, tal actitud será interpretada como aprobación. Puede también decirse que lo que se pone a votación no es únicamente el texto, sino el texto a la luz de las notas aclaratorias que lo acompañan y de otras partes de los antecedentes de la ley..." (Ross, 1997:179).

Como ya hemos visto, Hart sostiene que la precisión del lenguaje jurídico es limitada, todas las palabras son vagas, lo cual -como explica Rodríguez- se acentúa en el campo de las reglas jurídicas debido a que ellas están dirigidas a "*clases*" de personas o cosas, además de que permanecen vigentes durante largos periodos de tiempo, de modo que no pueden prever al momento de su creación ciertas situaciones. Hart -según el autor- propone la técnica de la analogía para solucionar estos casos difíciles. En ellos, el juez tiene discrecionalidad para escoger la interpretación que estime más adecuado, no aplica el derecho sino que lo crea para el caso concreto. Por otra parte, para Dworkin no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad y sería erróneo afirmar que los jueces tienen poderes discrecionales. Volviendo a Hart expresa que él llama reglas jurídicas a las normas identificables mediante la regla de reconocimiento. Las reglas pueden ser primarias o secundarias según impongan deberes u otorguen facultades. Para Dworkin, las reglas operan dentro del esquema de "*todo o nada*", pues si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien ésta es válida y entonces el caso debe resolverse de conformidad con lo que estipula la regla, o bien ella es inválida y no contribuye en nada a la solución del caso. Los principios, en cambio, no siguen esta lógica, pues no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica. La comparación entre ellos no se resuelve mediante la supervivencia de uno, sino que los principios sobrevivirían intactos a los conflictos con otros principios aunque sólo uno prevalezca en el caso concreto. La aplicación de los principios hace necesario sopesar o ponderar su valor relativo en circunstancias determinadas, careciendo las reglas de esta dimensión. Sin embargo, Rodríguez apunta que no siempre es claro si una norma es un principio o una regla, y que es posible que se presenten conflictos regla-regla, principio-principio, como también regla-principio. Este último se resolvería, para Dworkin, mediante el esquema de las colisiones entre principios. Si bien Hart ha aceptado la distinción entre reglas y principios, sostiene que ella no es sustancial sino meramente de grado.

Entrando a los casos difíciles, Rodríguez explica que Hart ha criticado tanto al formalismo como al realismo, encontrándose para él la verdad en un punto medio: en los casos fáciles es más adecuada la tesis del formalismo, mientras que en los difíciles la del realismo, teniendo el juez en estos últimos discrecionalidad al resolver. En cambio, para Dworkin es claro que los jueces no pueden dictar cualquier solución en los casos difíciles, pues aunque exista más de una alternativa la gama de posibilidades está circunscrita por el

texto de las normas aplicables (si existen) o por el de las normas y precedentes judiciales que tratan casos similares, agregando que la teoría de la discrecionalidad judicial no puede ser sostenida en un Estado Democrático, contradiciendo la tesis hartiana del principio de legalidad, de modo que una persona sólo puede ser sancionada con base en una ley vigente en el momento de los hechos. Si no hay normas claras, ninguna de las partes involucradas tiene derechos ni deberes antes de que el juez los establezca *ex post facto* en la sentencia, lo que constituye una aplicación retroactiva del derecho.

Parece que el principal problema en un caso difícil, más allá de las cuestiones lingüísticas, es la cuestión normativa de qué debe hacer el juez y la cuestión teórica de qué repercusión tiene ello respecto de la caracterización del derecho y su relación con la moral. Sólo diremos aquí que parece tener cierta plausibilidad la tesis de haitiana.

Por otra parte, es preciso señalar que el enfoque de Hart se dirige principalmente desde el punto de vista del legislador, mientras que el de Dworkin al del juez, por ello al primero le interesa más la etapa preinterpretativa, mientras que al segundo la posinterpretativa.

En el fondo el problema básico de toda actividad interpretativa que se discute en la filosofía del derecho es si ella es una actividad puramente cognoscitiva, puramente decisoria, o si a veces es cognoscitiva y a veces decisoria. Nos parece que la posición más atinada es la que siguen los autores que sostiene la tesis de la indeterminación parcial.

CAPITULO 2: LAS OPINIONES EN EL DERECHO PENAL

Partiendo de la base de que toda ley debe ser interpretada, y que dicha labor es inseparable de cierto subjetivismo, Jiménez de Asúa (1973:100 y ss.) sostiene que el primero de los medios de interpretación se dirige al valor de las palabras: la ley escrita puede ser interpretada en forma literal y sintáctica. Las palabras pueden ser de uso común o del lenguaje técnico; las primeras deben interpretarse según el sentido del idioma del país, mientras que las segundas con el contenido que tienen en el Código o en la ley, pero cuando existen dificultades para hallar el sentido de una frase, hay que recurrir a la interpretación teleológica, indagando el espíritu de las leyes mediante el manejo de la *ratio legis* y del sistema del ordenamiento jurídico total. Si todavía existen conflictos entre estas dos interpre-

taciones, se debe seguir el camino que los dos métodos indican y llegar hasta el fondo de la finalidad que la ley pretende con su disposición. Dentro del método teleológico o finalista, el penalista distingue cinco elementos: *a.)* el teleológico propiamente dicho o la *ratio legis*, que busca el fin de la función para la que fue creada la ley; *b.)* el elemento sistemático, en el sentido de que ninguna disposición vive aisladamente sino conectada a las otras; *c.)* el elemento histórico, donde incluye los trabajos preparatorios, las discusiones parlamentarias, las exposiciones de motivos, etc.; *d.)* el elemento comparativo extranjero, que puede servir para esclarecer aquellos preceptos que poseen valor universal, pero que sólo tienen significado relevante cuando las leyes extranjeras han influido en la formación de la ley propia; y *e.)* el elemento extrapenal y extrajurídico, en cuanto pueden tener relevancia como elemento político social. Por último, menciona la interpretación progresiva en el sentido de que el juez no puede ser ajeno a las transformaciones sociales, científicas y jurídicas.

Soler (1999:170 y ss.) parte de la premisa de que no se investiga propiamente la voluntad del legislador sino la de la ley, pues no basta con que el legislador quiera hacerle decir una cosa a la ley para que ésta efectivamente la diga. La interpretación es una operación lógico-jurídica, consistente en verificar el sentido que cobra un precepto interpretado al ser confrontado con todo el ordenamiento jurídico (interpretación sistemática). También sostiene que el examen gramatical debe preceder a los demás medios interpretativos. Cuando éste revela un sentido claro prevalece y la interpretación concluye allí. Pero también vale para la interpretación literal el principio sistemático, entendido como que las palabras han de entenderse en sentido técnico salvo que esto lleve a contradicción. Frente a un texto dudoso es necesario la aplicación de otros procedimientos, a los que denomina interpretación lógica, y que comprenderían los elementos teleológicos-rationales, sistemáticos, históricos, comparativos y político-sociales de la ley, concluyendo que la interpretación válida es la sistemática, que en el plano normativo es equivalente al principio lógico de no contradicción.

En otro trabajo Soler (1962:168/9) se pregunta si existen principios jurídicos exactos que impongan al juez el criterio con que debe agrupar los distintos preceptos, respondiendo afirmativamente y mencionando alguno de ellos, como el principio de vigencia, en virtud del cual el juez no puede negar la aplicación de un precepto; el principio de unidad sistemática, que implica la consideración de la totalidad del sistema jurídico dado; el principio dinámico, que obliga a que los jueces se mantengan alertas de las resonancias de las fre-

cuentas reformas en la legislación; y el principio jerárquico, reglado en el art. 31 de la Constitución Nacional.

Para Hurtado Pozo (1991:500 y ss.) el método literal consiste en la búsqueda del significado de los términos y del texto como un todo, el cual es percibido como primer paso a realizar 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 más que repetir algo obvio, pero el segundo presupone qué se entiende por "*sentido literal del enunciado*". También en ambos supuestos se plantea el problema de determinar si la interpretación literal constituye un elemento independiente de los demás criterios, o si es el resultado obtenido de todos ellos. El sentido literal puede ser considerado como el sentido de la expresión lingüística aislada de todo contexto, como el sentido ordinario de los términos, como el sentido comprendido *prima facie* o conforme a lenguaje de los juristas. Pero dicho sentido no puede ser establecido sin referencia al contexto en que es considerado. No existe texto que no deba ser interpretado. En cuanto al método sistemático, refiere que implica que la disposición legal debe ser interpretada conforme al lugar que ocupa en el sistema legal y en relación con las otras normas legales, se trata de precisar el sentido tomando el contexto jurídico de la regla. En este procedimiento subyace la idea de que la ley o el sistema jurídico es un todo coherente. En esta perspectiva, el legislador es percibido como un ser excepcional, todopoderoso, omnisapiente, justo etc., lo que implica 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. Mas adelante señala que el criterio del "*legislador racional*" es una idealización, útil para legitimar el "*verdadero sentido*" como para "*expresar la fidelidad del juez al marco tradicional de las instituciones y los valores que les son subyacentes*". Sin embargo, no debe caerse en el extremo de que el derecho es desordenado y contradictorio, sino de poner en evidencia que afirmar la coherencia y plenitud absoluta significa una ficción que sólo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social. Mediante el método histórico -prosigue- se trata de buscar la voluntad del legislador a través de las fuentes conocidas de información (proyectos, exposición de motivos etc.), pero los trabajos preparatorios no informan de manera certera sobre la voluntad real del legislador, por lo que no es obligatorio para el juez tenerlos en cuenta. Según Hurtado Pozo, para determinar el sentido de una disposición es menester esclarecer su finalidad (método

teleológico). Si está precisada por el legislador, el procedimiento cae en el método anterior; de lo contrario se piensa en la finalidad actual de la ley, tratando de determinarse, teniendo en consideración los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuírsele razonablemente a la norma legal. Pero los criterios utilizados para definir el método teleológico suelen ser poco claros y precisos. Por ello, algunos autores distinguen la *ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho, que es el objetivo general de la política legislativa.

Rodríguez Mourullo (1978:103 y ss.) apunta que las normas penales tienen carácter general y se expresan en términos relativamente abstractos, contemplan un número ilimitado de supuestos, pero son aplicadas a casos concretos y particulares. El drama de la interpretación consiste en acomodar la norma penal, genérica y abstracta, a la concreción y variabilidad del caso singular. Sin interpretación no hay posibilidad de que funcione en la práctica ningún orden jurídico, y toda norma para poder ser aplicada requiere previamente que sea interpretada. La interpretación -agrega- es un acto intelectual por el que se busca y descubre el sentido de la norma con el objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real. Es un acto de conocimiento y no de voluntad, pero no se reduce a una mera subsunción mecánica, ya que es obra de un hombre de carne y hueso y, en este sentido, siempre hay algo de aportación personal y creadora. Constituye un grave error considerar al acto interpretativo como un puro silogismo, pues la interpretación no se mueve al compás de la lógica formal sino también por fuerzas interiores sentimentales, voluntaristas, irracionales, emotivistas, aunque la aportación personal no puede convertirse en algo caprichoso y arbitrario, pues la validez de la interpretación se determina a través de su revisibilidad objetiva. Dentro de los medios interpretativos refiere en primer lugar al gramatical, explicando que la norma se manifiesta a través de proposiciones normativas y éstas, a su vez, en palabras. Toda proposición normativa es un mensaje que contiene una regla de conducta. Una vez fijado el texto, la labor interpretativa debe comenzar por el análisis del lenguaje tendiente a descifrar el significado de los términos. En principio hay que partir de la idea de que en la proposición normativa las palabras tienen el mismo significado del lenguaje vulgar, aunque a veces los vocablos poseen una acepción específicamente jurídica que no se corresponde enteramente con aquel. El medio sistemático toma en cuenta la situación de determinadas disposiciones en el seno del sistema y aprovecha las conclusiones que se derivan de la com-

paración de unas con otras. El método histórico implica que ninguna norma puede ser perfectamente comprendida si se desconoce su gestación y evolución, de modo que el intérprete debe atender a los antecedentes históricos, al proceso de formación de una norma, a las exposiciones de motivos y a las reformas parciales si las hubieren. El medio teleológico atiende al fin de la norma, resultado decisiva la determinación del bien jurídicamente protegido. Por ello, el intérprete rechaza las instancias formales del derecho y penetra en su contenido sustancial. Sin embargo, la vigencia del principio de legalidad hace que la máxima *littera occidit, spiritus autem vivificat* se deba acoger con reservas en el derecho penal.

Para Muñoz Conde y García Arán (1996:129/31) la interpretación gramatical pretende establecer el sentido de las normas atendiendo al significado de las palabras contenidas en ellas, siendo en general combinada con otros métodos. Por su parte, la interpretación lógico-sistemática busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la coherencia necesaria del ordenamiento jurídico. La interpretación teleológica atiende a la finalidad perseguida por la norma. Frecuentemente la ubicación de ella orienta acerca de los fines que persigue y cuál es el bien jurídico que se intenta proteger, lo que la acerca a la interpretación sistemática. Por último, hacen referencia a la interpretación histórica, en el sentido de los antecedentes de las normas y las circunstancias en que tuvieron su origen.

Luzón Peña (1996:165 y ss.) expone que con el método literal se averigua el significado de las palabras de la norma en su sentido lingüístico y conforme a la significación gramatical en que son empleados los vocablos dentro de la frase correspondiente. Si bien los términos no admiten en general un significado unívoco, la interpretación literal suele limitarse a fijar el marco de posibles significados semánticos de una palabra o frase, sin decir cuál o cuáles de los significados posibles son los que deben tomarse, por lo que se debe acudir entonces a otros medios, pero el sentido literal posible establece el límite. En cuanto al método histórico, manifiesta que consiste en atender a los antecedentes y génesis histórica de la norma actual, a la regulación anterior, si existiera, para compararla con la vigente, a la situación de la sociedad que pretendió regular la norma, a los anteproyectos, proyectos, enmiendas y trabajos legislativos etc. En general no tiene un carácter decisivo pues sobre él domina la interpretación objetiva del sentido y finalidad de la ley en el momento actual, pero sirve de refuerzo a los restantes criterios. Por otra parte, considera a la interpretación siste-

mática decisiva en ciertas ocasiones. Ella presupone que los Códigos son un todo orgánico y sistemático, de forma tal que las palabras y disposiciones están normalmente coordinadas entre sí e integradas en un sentido general, de lo que se deduce que debe atribuirse un significado lógico a la utilización de un mismo concepto con un determinado sentido en otros preceptos. Dicha confrontación sistemática puede conducir a dos tipos de resultados opuestos: la interpretación de identidad o la *sensu contrario*, debiendo escogerse entre ambas con base en consideraciones teleológicas y valorativas. Finalmente, se ocupa de la interpretación teleológica y valorativa, sosteniendo que las finalidades pretendidas por la ley se basan en valoraciones. Este criterio atiende a la finalidad de la norma, a su voluntad "*objetiva*" en su configuración actual, y a sus valoraciones explícitas o implícitas, como también a los objetivos de la política criminal que el sistema penal ha plasmado y a la puesta en relación con los principios y límites del *ius puniendi*, desempeñando un papel fundamental el criterio del bien jurídico protegido.

Posiblemente el autor que con mayor detenimiento en el ámbito penal se ha ocupado del tema ha sido Gimbernat Ordeig (1999:44 y ss.), quien expone los cuatro criterios clásicos de interpretación de Savigny. El primero sería la interpretación gramatical, a la que se le suele atribuir el grado jerárquico menor dentro de los distintos cánones, aunque aclara en palabras de Engisch que la letra de la ley no debe ser sobrepasada nunca cuando está en juego la imposición de una pena. Cuando el sentido literal es claro, el intérprete tiene dos alternativas: o bien admitirlo como decisivo en toda su extensión o bien limitarlo en función de otros criterios interpretativos, pero nunca podría sobrepasar el sentido. Lo expuesto no rige en el caso de la analogía *in bonam partem*, en el sentido de que está permitido defender una solución incompatible con la letra de la ley si ello favorece al reo y existen puntos de vista materiales que abogan por ella, lo cual se deduce de una interpretación teleológica del principio de legalidad, que encuentra su justificación en la importancia de los bienes jurídicos de la persona a la que afecta la pena, cosa que no sucede en el derecho privado. Con relación a la interpretación histórica, nos dice que figuran en primer lugar para ser consideradas las exposiciones de motivos y los textos preparatorios. También interesa la legislación derogada, pues a veces el nuevo texto, con el afán de corregir un defecto del anterior, lo deja más oscuro e imperfecto. La importancia de este canon está fuera de duda para el autor. Sin embargo, esa importancia depende de que se dé preferencia al fin que perseguía el legisla-

dor histórico o al fin objetivo de la ley (interpretación teleológica). Respecto de la interpretación sistemática, Gimbernat Ordeig menciona que procura superar las posibles contradicciones entre los diversos preceptos penales. También indica que con dicha interpretación se puede hacer referencia a un sistema diferente al Código Penal, un sistema elaborado por la ciencia, como por ejemplo las categorías de delitos de actividad, de resultado, complejos, permanentes, etc., que tienen importancia para resolver problemas de aplicación del derecho penal (problemas de tentativa, participación criminal etc.). En este punto trata el problema de la analogía y la interpretación analógica (para nosotros extensiva), mencionando que mientras la primera está vedada para el intérprete, la segunda no, aunque resulta imposible trazar un límite entre ambas.⁶⁴ Seguidamente el autor refiere el tratamiento de esta cuestión por Arthur Kaufmann (en *Analogía y naturaleza de la cosa*), citando el siguiente párrafo: *"...Consúltese en la bibliografía correspondiente lo que se dice sobre la diferenciación entre interpretación lícita y analogía prohibida: es la confesión de la absoluta imposibilidad de una delimitación practicable... pues cuando se dice que la interpretación llega hasta el 'sentido literal posible', se halla uno ya en medio de la analogía, ya que este 'sentido literal posible' no es ni uno unívoco ni uno equívoco, estos es, sólo puede ser uno análogo... Y así sucede que nadie se toma realmente en serio la 'prohibición de analogía', pues una prohibición estricta de la analogía desembocaría en una prohibición de interpretación, cuya absoluta ineffectividad nos muestra la experiencia histórica ... la prohibición de analogía es un tabú...".* Pero para Gimbernat Ordeig es perfectamente posible distinguir entre la aplicación analógica y la analogía sobre la base del "sentido literal posible", sosteniendo un esquema similar al de Larenz, y agregando que aunque ambas operen de igual modo, es decir, mediante comparación de supuestos, la analogía llega a resultados incompatibles con la ley. De esta forma, para el autor la interpretación extensiva comprende todos los comportamientos que el tenor literal admite, mientras que la restrictiva excluye de un precepto comportamientos que son abarcados por el tenor literal. Al tratar el tema de la interpretación analógica y el argumento *a contrario* entiende que a veces puede ser importante la extensión del campo de aplicación del precepto, cuyo valor como argumento *a contrario* o analógico se discute, pero otras veces este criterio no es decisivo, pues son las consideraciones teleológicas las que nos ayu-

⁶⁴ "...Y, como evidentemente no se puede determinar muchas veces el contenido de una norma sin acudir a analogías, ello significa que la llamada 'prohibición de analogía' es una que no se puede cumplir por mucho que el

dan a decidir la disyuntiva entre ambos, y en otras ocasiones son consideraciones de carácter lógico. Terminando con el cuarto criterio (interpretación teleológica), menciona que la cuestión reside aquí en determinar si el fin es el subjetivo del legislador o el objetivo de la ley. De este modo, concluye que la interpretación objetiva permite poner de acuerdo la ley del pasado con las necesidades y concepciones del presente, siendo un punto relevante la interpretación del bien jurídico protegido, pues la conducta que cumpla con el supuesto de hecho legal será atípica sino lo lesiona.

Jescheck (1993:134) comenta que el contenido material de la ley penal se lleva a la práctica de la aplicación jurídica mediante la interpretación, adunando que la exégesis fiel a la ley debe garantizar que las resoluciones se sometan a la voluntad común, pues la seguridad e igualdad jurídica demandan la vinculación del juez a preceptos cuyo contenido sea objetivamente asequible según las reglas de interpretación reconocidas, de modo que todos los casos similares puedan ser aplicados de igual forma. La misión del juez consiste en captar el significado de la ley en relación con el caso concreto sometido a juicio, siendo su esencia la fidelidad a la ley y la posibilidad de verificación objetiva. Respecto de los métodos o clases de interpretación, el autor (1993:138/43) menciona al gramatical, que busca encontrar el significado de la ley gracias a su sentido lingüístico. En este aspecto, señala que es determinante en primer lugar la terminología jurídica, aunque ella puede ofrecer distintos significados según el contexto en que se encuentre. Este método encuentra complemento en el sistemático, mediante el cual se infiere su sentido de la posición que en el conjunto del sistema ocupe el precepto que se ha de interpretar. La interpretación histórica –prosigue– acude al contexto histórico general en el que la ley se enmarca, como a la particular historia de su génesis. Asimismo, el método teleológico se esfuerza por descubrir los fines e ideas valorativas de la ley para captar directamente el significado que el precepto encierra. De esta forma, resulta importante no sólo el concepto de bien jurídico sino también los valores ético-sociales que contribuyeron para la creación del precepto. El método teleológico se encuentra a su juicio en la cúspide del proceso exegético porque es el único que se orienta hacia la verdadera meta de toda interpretación: descubrir la finalidad y los criterios valorativos de los que se deduce de modo vinculante el sentido legal normativo. Los restantes métodos sólo son vías especiales para poder aproximarse a la exégesis del sentido. No obstante, el orden

legislador lo ordene, es un tabú con el que hay que romper de una vez para siempre..." (Gimbernat Ordeig,

metódico comienza por el literal, sigue por el sistemático y el histórico, para culminar con el teleológico.

Maurach (1994:142 y ss.) reseña que la tarea interpretativa comienza por entender el texto, el cual no puede ser considerado aisladamente. Asimismo, entiende que el procedimiento clásico de los métodos de interpretación se encuentra superado, pues existe cierto consenso en que el instrumento decisivo de la interpretación jurídica debe ser la finalidad del precepto jurídico en el momento de su aplicación.

Eser – Burkhard (1995:24 y ss.) explican que los conceptos empleados por las leyes pocas veces resultan unívocos, y aún en los casos de conceptos unívocos, ello es producto de la interpretación, comentando de modo similar a Jescheck las reglas de interpretación. Más adelante agregan que la función general del derecho penal debe ser el punto de orientación general para determinar la finalidad objetiva del contenido de la norma, es decir, se debe partir de la protección de los bienes jurídicos con el debido respeto a la intangibilidad de la dignidad humana y a la defensa de la justicia material y la formalidad del Estado de Derecho. Desde el punto de vista metodológico ello significa que se deben plantear dos cuestiones en la interpretación de los tipos penales: la relativa al bien jurídico protegido y la referida a la forma y el modo en que se debe proteger mejor ese bien jurídico. Por otro lado, es necesario tener presente en la interpretación teleológica que puede conducir a sobredimensionar el ámbito de la punibilidad, siendo preciso un correctivo a través del principio de insignificancia lesiva. Así, la interpretación se encuentra vinculada a decisiones valorativas contenidas en la Constitución, y el sentido de los preceptos se debe establecer en la medida en que ello sea consentido por su tenor literal mediante una interpretación conforme a la Constitución

Arocena (2003) se ha referido *in extenso* a la interpretación literal de la ley penal alegando que las palabras utilizadas por el legislador son importantes pero insuficientes, lo que no impide aceptar la relevancia que la interpretación gramatical posee como primera aproximación para el intérprete. Debe partirse del significado natural de las palabras empleadas, siendo el sentido literal posible el límite máximo de toda interpretación de un precepto jurídico determinado.

Es un rasgo común de los autores comentados sostener que los diferentes métodos de interpretación constituyen herramientas orientadas a determinar la (única) interpretación correcta, además de suponer que la interpretación es una actividad puramente cognoscitiva, aunque no se justifican dichos presupuestos.

TITULO X: LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

Si bien los autores suelen referirse básicamente a cuestiones similares a las "directivas o criterios" de interpretación cuando tratan los argumentos interpretativos hemos optado, a riesgo de ser reiterativos, por su desarrollo independiente en este punto, ya que la superposición no es total.

Si bien Mendonca reconoce la vaguedad y ambigüedad de la expresión "argumento jurídico", de modo restrictivo considera que los argumentos interpretativos son los que emplean los juristas para apoyar la elección de cierta opción interpretativa. A título ejemplificativo el autor (2000:167 y ss.) menciona los siguientes:

a.) el argumento "a simile": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo a otra ya interpretada, con la que guarde semejanza relevante o idéntica *ratio*;

b.) el argumento "a fortiori": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo a otra ya interpretada, cuya *ratio* valga con mayor razón para aquélla;

c.) el argumento "a contrario": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido;

d.) el argumento "a rubrica": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo a los títulos y a las divisiones legales que incluyen a aquélla;

e.) el argumento "sedes materiae": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte;

f.) el argumento "ab auctoritate": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo a la opinión de determinada autoridad intelectual o jurídica;

g.) el argumento histórico: dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo a los precedentes existentes, empezando por los inmediatos;

h.) el argumento teleológico: dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada atendiendo a su propia finalidad objetiva;

i.) el argumento económico: dada una formulación normativa a la que le quepa atribuir varios significados, debe ser interpretada prescindiendo de aquél significado que suponga una repetición respecto de los establecido por otra formulación ya interpretada;

j.) el argumento "a coherencia": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada prescindiendo de aquél significado que suponga una contradicción respecto de los establecido por otra formulación ya interpretada;

k.) el argumento "ad absurdum": dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada prescindiendo de aquél significado que de lugar a consecuencias absurdas o que contrasten valoraciones del sentido común;

l.) el argumento pragmático: dada una formulación normativa con un significado controvertido, debe ser interpretada optando por aquél significado que la haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo del significado que la convierta en ineficaz a ese respecto.

No obstante -como expone Mendonca-, estos argumentos plantean problemas a la hora de su aplicación, dada la dosis de vaguedad que contienen en sus formulaciones. Además, muchos de ellos resultan incompatibles entre sí y no existen pautas generales que establezcan jerarquías entre ellos.

También ha reflexionado sobre el punto Zuleta Puceiro (2006:49 y ss.), quien distingue entre los argumentos lingüísticos, históricos, sistémicos, teleológico-evaluativo, y de la intención del legislador. Dentro de los primeros, menciona el argumento del significado literal, del ordinario y del técnico. Dentro de los segundos, el argumento psicológico, histórico y del precedente. Dentro de los terceros, el sistemático, el contextual, el topográfico, el de la plenitud hermética, el de la coherencia, el analógico, el dogmático y el de los principios generales del derecho. Dentro de los cuartos, el finalista, el naturalístico, el de las razones sustantivas, el equitativo, el pragmático, el económico, el de la autoridad y el de la opinión

dominante. Y en la última categoría, los argumentos *a contrario*, *a simili*, *a fortiori* y *ad absurdum*.

En el ámbito propio del derecho penal, Jescheck (1993:135) ha desarrollado cinco tipos de argumentos provenientes de la lógica jurídica: *a.)* el argumento por analogía, que afirma que un precepto jurídico cuya aplicación a un determinado grupo de casos aparece acreditada, puede aplicarse a otro supuesto cuando éste coincide en sus rasgos esenciales con el grupo primeramente citado; *b.)* el argumento en sentido contrario, que significa que de la no concurrencia de determinados presupuestos cabe concluir que tampoco deben producirse las consecuencias jurídicas previstas para el caso que se dieran; *c.)* el "*argumentum a maiore ad minus*", que establece que de la validez de un precepto para un grupo de supuestos fácticos comprendido en un determinado concepto superior se infiere la validez para otros casos que pudieran incluirse igualmente en ese concepto superior; *d.)* el "*argumento a fortiori*", que implica que de la validez de un precepto para un determinado supuesto cabe deducir la validez para otro caso en que las razones concurren "*paradigmáticamente*"; y *e.)* el "*argumentum ad absurdum*", que rechaza como incorrecta una determinada conclusión porque en el caso de ser pertinente habría que aceptar simultáneamente algo que no puede ser admitido bajo ninguna condición.

TITULO XI: JERARQUIA ENTRE LOS CANONES DE INTERPRETACION

Para Kelsen (1984:167/70) la teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Agrega el autor que las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. La necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a varias y no decide entre los intereses en juego cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho como el fallo de un tribunal. Es por ello que para Kelsen la concepción tradicional de la interpretación es ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. El descriptivismo propuesto por Kelsen para la ciencia jurídica ha sido objeto de diversas críticas, entre las que se destacan el carácter inevitablemente creativo del acto lingüístico y que la interpretación no puede desentenderse de consideraciones pragmáticas, en el sentido de que una interpretación puramente lógica libre de todo pragmatismo es una ilusión, ya que la neutralidad total de intérprete es imposible de conseguir (cfr. Lifante Vidal, 1999:57/8).

Siguiendo a Peczenik, Aarnio (1991:134/9) menciona que las posturas en torno a las fuentes del derecho pueden agruparse en tres categorías: *a.)* la obligatoriedad de las fuentes en sentido fuerte, donde el juez que no las toma en cuenta es pasible de una sanción como funcionario (v. gr. la ley); *b.)* la obligatoriedad de las fuentes en sentido débil, es decir, aquellas que deberían ser seguidas en la interpretación por el juez en cuanto se espera que ella sea justificada; y *c.)* aquellas a las que es posible referirse de acuerdo con una practica establecida, donde el intérprete no tiene un deber en ninguno de los dos senti-

dos mencionados, no obstante lo cual dichas fuentes están permitidas. Por otro lado, el autor (1991:143) afirma que las llamadas reglas de interpretación son principios que indican los factores que deberían ser tomados en cuenta en la interpretación jurídica, pero a cuyo respecto no existe obligación jurídica de seguirlos, si bien ello resulta necesario para poder obtener una justificación óptima.

Hurtado Pozo (1991:509) considera que los diversos métodos de interpretación no están ordenados según una jerarquía preestablecida y la preeminencia de uno sobre otro obedece a razones ideológicas. Así, los penalistas privilegian el método teleológico objetivo a partir de la idea de que el derecho penal está orientado hacia la protección de bienes jurídicos, siendo los restantes métodos auxiliares a este. Afirma asimismo (1991:512/3) que el intérprete precisa los límites de la interpretación en la medida en que el legislador no logra hacerlo en razón de la naturaleza particular del lenguaje que utiliza para comunicar sus mandatos, pero que ello no significa que goce de una libertad ilimitada, pues su decisión debe ser integrada en el orden jurídico en general, y considerar los logros de los teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación.

Escépticamente, Bacigalupo (1999:67) expresa que desde Savigny los dogmáticos utilizan en la interpretación de las leyes penales el método gramatical, el histórico y el teleológico, que son de estructura muy diferente, y suelen conducir a soluciones diversas, siendo las razones que determinan la aplicación de uno u otro oscuras. No hay método alguno para decidir entre los diferentes métodos.

Eser – Burkhard (1995:27) exponen que la cuestión sobre el rango de las reglas de interpretación es muy discutida, sobre todo con relación a las leyes antiguas en las que el legislador perseguía un fin regulativo determinado, pero el tiempo transcurrido hubiera modificado los intereses protegidos respecto al momento en el que fueron dictadas, lo que también podría producirse con leyes recientes. Ahora bien, si el juez da preferencia a la "razonabilidad objetiva" frente a la voluntad subjetiva del legislador, podría verse vulnerado el principio de división de poderes, por lo que alguna doctrina piensa en la preeminencia del legislador histórico, lo que sería obligatorio para los autores si ella pudiera ser establecida con suficiente claridad y si se pudiera saber que el sentido de esa interpretación histórica también hubiese sido querido por el legislador a pesar del cambio de las condiciones en que la ley debe ser aplicada para supuestos diferentes.

Como los criterios o meta-criterios en general no se encuentran legalmente establecidos, porque no resulta posible fundar determinada prioridad de unos sobre otros. Ello no quiere decir que sólo proporcionen al juez meros recursos retóricos, pues debe tenerse en cuenta que los criterios expuestos no operan como métodos excluyentes entre los que el intérprete pueda escoger a su libre arbitrio. Una cosa es optar entre significados posibles de una expresión y otra asignarle un sentido que no tiene. Cuando se va más allá de ese linde, se abandona la actividad interpretativa (cfr. Zarini, 2.003:71/2).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las referencias de la doctrina a las directivas de interpretación son un campo en expansión dentro de la teoría de la interpretación, siendo a veces confundido su tratamiento con los principios generales del derecho, aunque no debe perderse de vista que ellas procuran establecer cánones de interpretación aplicables al razonamiento jurídico, como condiciones de congruencia, consistencia y razonabilidad de las decisiones judiciales (cfr. Zuleta Puceiro, 2006:80/1).

En nuestro derecho no existe un orden de preferencia que se establezca normativamente, más allá de las referencias parciales e incoordinadas de los arts. 16/7 del Código Civil, 4/5 del Código de Comercio, 77/8 del Código Penal y lo expuesto en diversas disposiciones de la Constitución Nacional. Sin embargo, los cánones o criterios de interpretación referidos no son necesariamente excluyentes, aunque no necesariamente proporcionan una respuesta para las posibles colisiones.

TITULO XII: LOS LIMITES DE LA INTERPRETACION

Retomando lo expuesto sobre la problemática de distinguir entre la interpretación restrictiva y extensiva, y fundamentalmente entre esta última y la analogía, dedicaremos este capítulo a tratar de profundizar y dilucidar la cuestión.⁶⁵

Salguero (2002:219 y ss.) refiere que la línea conceptual que separa la analogía de la interpretación se debe a la Escuela Histórica (Savigny y otros) y es hoy un lugar común en la teoría jurídica. Entiende a la interpretación extensiva como cercana a la analogía, de la que es difícil deslindar con total precisión, siendo el motivo de discusión el grado de proximidad o diferencia entre ambas. Mas adelante explica que las diferencias de grado pueden establecerse por razones normativo-funcionales o por criterios lógicos. De acuerdo con las primeras, la analogía está excluida del derecho penal, lo que no sucede con la interpretación extensiva, ya que se encuentra dentro de los límites del significado propio de la norma. Desde el punto de vista lógico, la analogía requiere la existencia de una laguna, mientras que la interpretación extensiva requiere la existencia de una norma. La primera integra la segunda indaga.

Aarnio (1991:147/8) admite la posibilidad de trazar una línea entre ambas. En el caso de la analogía, o bien hay una laguna o bien una genuina incertidumbre acerca de sí el caso en cuestión cae o no bajo el texto legal. Siguiendo a Peczenik dice que la interpretación extensiva no cruza los límites del "*verdadero significado judicial*", y así sólo se aplica a aquellas situaciones que no están excluidas por razones gramaticales. Sin embargo, el autor reconoce que en la práctica el límite no es trazado tan simplemente y en muchos casos la dificultad se debe a que en determinadas expresiones la incertidumbre semántica es tan amplia que no es posible delinear una división.

La diferencia entre la interpretación extensiva y a la restrictiva es posible hacerla desde dos ópticas: *a.)* definiendo la una en función de la otra, o *b.)* definiendo ambas por contraste con la interpretación literal. Si elegimos esta última alternativa, no es posible sostener que la interpretación extensiva se mantenga dentro del marco de la interpretación literal, porque así definidas, si una interpretación fuese extensiva (o restrictiva) no sería literal sino correctora, hablando en la terminología de Guastini. Por lo tanto, el límite

⁶⁵ Ver especialmente Sección primera, título III, capítulo 4.

entre interpretación extensiva y analogía no puede ser trazado. Pero si optamos por el primer camino, ello sí sería posible. De este modo, los términos contenidos en las normas generales tendrían en principio el sentido que ellos poseen en el uso ordinario -salvo que el legislador expresamente estipule un cierto significado-: ese sería su significado literal. Tanto la interpretación restrictiva como la extensiva quedarían comprendidas dentro del marco de la interpretación literal, y se definirían una por oposición a la otra, es decir, una interpretación sería calificada como extensiva por comparación con otra más restrictiva y viceversa, una interpretación sería calificada como restrictiva por comparación con otra más extensiva. Desde este punto de vista podría diferenciarse a la analogía de la interpretación extensiva: esta última no transgrediría el sentido literal, mientras que la analogía sí.

No obstante, ello tiene sus costos pues ahora la interpretación extensiva ha sido redefinida como aquella que queda comprendida dentro de la interpretación literal y que se distingue de otros sentidos posibles más restrictivos. Asimismo, el sentido literal ha sido identificado con el uso ordinario, sin perjuicio que se estipule un significado específico. De este modo los casos problemáticos de interpretación podrían considerarse como supuestos de analogía y los únicos casos en los que habría interpretación extensiva serían aquellos claramente incluidos dentro del alcance que el uso ordinario o jurídico de una expresión, que eventualmente podrían ser menos restrictivos que otros posibles sentidos que la expresión tenga en el uso corriente o jurídico.

Conforme lo expuesto es necesario ahora precisar que se entiende por interpretación literal. Ya hemos dicho que la misma constituye al menos el punto de partida de toda actividad interpretativa, pero dicha caracterización es demasiado laxa. La interpretación gramatical en la mayoría de los casos sólo nos puede suministrar un significado aproximado de las formulaciones normativas analizadas. Habrá casos en los que el uso corriente del lenguaje es unívoco y la interpretación también lo será, pero ello no es lo que sucede en otros, por lo tanto los juristas suelen recurrir a lo que hemos estipulado en denominar "*uso jurídico del lenguaje*", es decir a los diferentes cánones interpretativos conocidos como el teleológico, sistemático, etc. de modo de tratar de precisar el sentido de las formulaciones normativas. Las posibles interpretaciones que están comprendidas dentro de los cánones usuales de interpretación no implican analogía, pues estarían comprendidas dentro de la interpretación literal.

Por otro lado, dentro de esta caracterización los problemas interpretativos que se presentan en el marco de la interpretación literal serían problemas ambigüedad y no de vaguedad, pues todos los casos comprendidos dentro del tenor literal son instancias claras de aplicación, donde el uso ordinario o jurídico le puede acordar más de un sentido claro. La distinción entre interpretación extensiva y restrictiva, entendida de este modo, se relacionaría entonces con la ambigüedad y la distinción entre interpretación literal y analogía se vincularía, en cambio, con la vaguedad.

De esta forma dentro del sentido literal de un texto es posible que exista más de una interpretación, sin que en principio una prevalezca sobre otra. Quizás con un ejemplo se aclare mejor lo que tratamos de expresar. Si bien la ley 25.882 (B.O.: 26/4/04) modificó el esquema del delito de robo agravado por el empleo de armas previsto en el art. 166 inc. 2º del Código Penal, han quedado latentes los inconvenientes de distinguir entre las categorías de "*armas propias e impropias*", la conceptualización de estas últimas, y si ellas están comprendidas por la calificante o sólo convierten al hurto en robo. Según Soler (2000:300) debe entenderse por "*arma*" tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente. En este último caso -aclara el autor- resulta necesario que el juez aprecie en los hechos la forma en que ellas fueron mostradas al efecto de verificar si representaban o no un argumento de fuerza física inmediata.

Para Nuñez (1989:240) "*arma*" es todo objeto destinado para defensa u ofensa (arma propia), como el que eventualmente puede utilizarse para ese fin (arma impropia).

Fontán Balestra (1969:517) opina que deben incluirse dentro del mentado concepto tanto a las armas propias como a las impropias, es decir, las específicamente destinadas para el ataque o defensa y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente.

Molinario (1996:273) (seguido expresamente por Donna, 2001b:160/1) dice que arma propia es todo objeto que ha sido fabricado *ex profeso* para ser empleado en la agresión o defensa de las personas; en cambio arma impropia es todo instrumento fabricado con diverso fin, pero que ocasionalmente puede producir agresión o defensa de las personas. También se enrolan en este criterio Buompadre (1998:95 y ss.) y Damianovich de Cerrudo (2000:131 y ss.).

Reinaldi (2004:769 y ss.) distingue entre las armas propias usadas impropia- mente, es decir, las que son las fabricadas como armas propias pero que fueron utilizadas de modo impropio, y las armas exclusivamente impropias, que son objetos a los que no se fabricó como armas propiamente dichas, pero a los que el modo de empleo convirtió en tales por aumentar el poder vulnerante de quienes atacaron con ellos. Agrega que para que pueda hablarse de empleo de arma impropia como arma con capacidad vulnerante es menester que exista acometimiento con ella, pues no basta su sola exhibición, aunque ello tenga suficiente poder intimidante como para doblegar la voluntad de la víctima si las circunstancias pueden hacerle pensar que a la exhibición puede seguir su uso. En su opinión, la doctrina y la juris- prudencia que considera "*armas*" también a las impropias no afecta los principios de máxima taxatividad, razonabilidad e igualdad ante la ley.

Tozzini (2002:297) refiere que en general se admite el concepto laxo de que "*arma*" es todo elemento que aumenta el poder ofensivo del hombre, definición que no concuerda con la mayor precisión que suministra el diccionario de la Real Academia Españo- la: instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o defenderse, criticando la intro- ducción del concepto de arma impropia por resultar violatoria al principio de legalidad.

Juliano (2007) observa que todas las palabras tienen un límite de tolerancia o resistencia semántica, superado el cual la legítima función interpretativa de la jurisdicción se convierte en aplicación analógica de la ley, a lo que aduna que observando la problemática desde un ángulo estrictamente material, no puede sostenerse que cuando el legislador habló de "*arma*" haya querido referirse a cualquier tipo de objeto, aún los que en la vida cotidiana aparecen como inofensivos y a los que ninguna persona podría reputar de "*arma*".

Colombo (2003:52 y ss.), apoyándose en el principio de máxima taxatividad y en la difundida opinión de Hassemer, que distingue entre interpretación y analogía entendida la primera como la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su "*sentido literal posible*", concluye que ello convierte en un escollo difícil de superar por la construcción teórica denominada "*arma impropia*".

Sayago (2005:43 y 53) conceptúa a las "*armas propias*" como las que han si- do fabricadas y cuya estructura y funcionamiento han sido pensados con la finalidad de que sirvan para potenciar las posibilidades ofensivas o defensivas de quien las utiliza, y a las

"*impropias*" a todo objeto que, no obstante no haber sido construido o destinado al ataque o la defensa, su estructura material y la forma en que se la emplea, le otorga poder ofensivo.

Lo expuesto resulta suficiente para percibir que la disputa entre los juristas versa, esencialmente, en la mayor o menor extensión de la definición de lo que debe entenderse por el término "*arma*". Así no existen controversias de identificar dicho término con aquellos objetos que están destinados a la ofensa o a la defensa (*arma propia*), lo cual parece presuponer su fabricación para dichos fines. Los que admiten la inclusión de las "*armas impropias*"; las entienden como las que si bien no han sido concebidas para el mentado fin, en el caso pueden funcionar de la misma forma. Esto llevaría a sostener que las denominadas "*armas impropias*" no serían "*verdaderamente*" armas. En realidad no es que haya "*significados verdaderos*" y que las armas impropias no caigan bajo el verdadero significado de "*arma*"; se trata de que el significado usual de la palabra "*arma*", no incluye cualquier objeto con el que sea posible lesionar o amedrentar a alguien. Sin embargo, parece poco lógico, por ejemplo, que de dos cuchillos con idéntico poder vulnerante, uno fabricado para uso militar y otro con fin doméstico o suntuario, se considere arma al primero pero no al segundo. O, por ejemplo, que pueda introducirse una diferencia jurídicamente relevante en el caso del mismo herrero que fabrica un cuchillo para matar a su vecino y otro idéntico para comer un asado, o el que confecciona un cortaplumas para cortar la arteria femoral a su enemigo o para ir de campamento. Por ello, creemos que no es posible identificar de modo general la finalidad para lo que fue construido un objeto con su utilización en el caso concreto, es decir, que poco nos puede aportar la indagación sobre la "*intención*" del fabricante. Por lo tanto, no parece correcto sostener como regla general que la inclusión de las "*armas impropias*" dentro del concepto de arma vulnera el principio de legalidad, sea mediante la subconcreción de *lex certa o lex estricta*, porque ello implicaría apoyarse en una distinción que en la mayoría de los casos resulta un tanto absurda. Cuando el uso ordinario nos suministre poco o nada al respecto es donde el uso jurídico nos puede ayudar.

No obstante, existen casos, como la utilización de una bufanda o un anillo, en los que la jurisprudencia ha tenido un criterio vacilante, en los cuales no existe un uso lin-

güístico ni jurídico firme que permita incluir dichos objetos dentro del concepto de "arma"- sino más bien todo lo contrario- quedando claramente excluidos.⁶⁶

⁶⁶ En un esclarecedor trabajo, los profesores Alchourrón y Bulygin (1991a:303/28) han expuesto que en los casos en los que no existe un uso lingüístico firme respecto de la relación entre dos expresiones, los jueces tienen que tomar la decisión de incluir un caso en la extensión de un predicado o excluirlo de ella. Al tomar esta decisión, los magistrados no afirman una proposición verdadera o falsa, sino que dan una definición parcial del predicado en cuestión: proporcionan una definición estipulativa que, como tal, no es verdadera ni falsa. Más aún, esta oración no pertenece al lenguaje, sino al metalenguaje: se refiere al significado de ciertas expresiones del lenguaje. Pero dada esa estipulación, el enunciado del lenguaje "los «x» son «y»" expresa una proposición analítica: es verdadera sólo en virtud del significado de los términos relevantes. Se trata de un enunciado interpretativo y es analítico, no fáctico. Sobre la base de enunciados de ese tipo, el juez puede extraer una conclusión lógicamente válida y ese razonamiento muestra que la decisión del juez está jurídicamente justificada, aunque nos parece que la justificación o no de la decisión dependerá en última instancia de lo plausible que resulte la definición que el juez estipuló.

TITULO XIII: SUBSUNCION Y APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación de las normas jurídicas a la realidad se suele describir como resultado de un silogismo en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa, la inclusión de un "caso" de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica la premisa menor; y la conclusión la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma.

La averiguación del sentido de la norma jurídica incumbe a la interpretación (premis mayor), la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica constituye la subsunción (premis menor), mientras que la conclusión está constituida por la aplicación de la consecuencia jurídica.

En el derecho penal este esquema lógico viene reforzado por los principios de legalidad y oficialidad, que intentan impedir que los tribunales se irroguen funciones que sólo corresponden al legislador. Sin embargo, este silogismo no es posible reducirlo a la actividad de la lógica formal, pues la constatación de los hechos tal como han sucedido en la realidad es una tarea no exenta de dificultades. La tarea de reconstrucción de los hechos que realiza el juez es aproximativa (Muñoz Conde – García Arán, 1996:132/3).

Para Luzón Peña (1996:171/3) la subsunción de los hechos en las normas requiere en primer lugar una adecuada selección de las circunstancias y datos del supuesto de hecho que puedan tener relevancia a efectos jurídicos, lo que requiere una reconstrucción judicial de los hechos lo más precisa, clara y completa posible, aunque ello suele tropezar con limitaciones jurídicas y de orden práctico. Pero la concreción de la ley no se agota en la subsunción sino que se completa con el examen de la aplicabilidad de la norma al máximo número posible de casos. La moderna teoría jurídica ha puesto en tela de juicio el proceso de aplicación de la ley mediante el silogismo, afirmando que no es cierta la concepción de que al establecer la regla ya estuvieran fijadas las condiciones para su aplicación automática, sino que la dimensión hermenéutica de una ley penal sólo se puede comprobar en la aplicación de la ley a los supuestos de hecho reales.

Jescheck (1993:136) expone que el tipo delictivo es la premisa mayor, el supuesto fáctico la premisa menor y la pena la conclusión. De este modo, la aplicación de la ley

a un caso individual significa que la premisa mayor abstracta se pone en relación con la premisa menor tomada de la vida, siendo la verdadera tarea intelectual y jurídica obtener la premisa menor. Se trata de extraer del material fáctico los factores jurídicamente relevantes y subsumirlos en los elementos conceptuales de la premisa mayor, actividad que se denomina subsunción. Pero antes de ella procedé dilucidar el sentido de la premisa mayor, lo cual se logra mediante la captación de su significado acomodado a las particularidades del caso individual. También hay que delimitar el alcance jurídico de las oportunas decisiones precedentes con las que el nuevo caso ha de compararse. Por ello, la interpretación es presupuesto de la subsunción.

Quienes a nuestro criterio mejor han explicado los problemas de subsunción genérica e individual han sido los profesores Alchourrón y Bulygin (1991a), cuyas ideas de modo general pueden resumirse así:

1.) Las normas jurídicas son generales, es decir, se refieren indirectamente a individuos en términos generales o predicados. Los predicados son verdaderos respecto de ciertos individuos. Las normas van a ser aplicadas a aquellos individuos (o particulares) respecto de los cuales los predicados son verdaderos. El proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es verdadero de un cierto individuo, que significa que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo, que implica que el individuo está dentro de la clase que es la extensión del predicado en cuestión, se denomina subsunción.

2.) El problema de la subsunción no es un tema específicamente jurídico. Es un problema del uso empírico del lenguaje, de la relación entre las palabras y las cosas. Todo uso empírico del lenguaje entraña reglas semánticas que especifican: **a.)** qué objeto particular es referido por un nombre y **b.)** qué atributo (propiedad o relación) es designado por un término general o predicado. La verdad de una oración está determinada por dos elementos, **i)** ciertas convenciones lingüísticas, es decir, las reglas semánticas del lenguaje que se está usando y **ii)** ciertos hechos.

3.) Hay que enfatizar: 1.- Las reglas semánticas son *convencionales*. La relación entre palabras y cosas es convencional. 2.- Las reglas semánticas son *metalingüísticas*. Son usadas no sólo para referirse a la realidad, sino también a expresiones lingüísticas. Las reglas semánticas de los lenguajes naturales rara vez se formulan en modo expreso, pero

ellas pueden y deben ser reformuladas explícitamente en el metalenguaje de un lenguaje reconstruido (artificial) como el usado por los lógicos. Sin embargo, el problema de la subsunción no siempre se refiere a individuos y sus atributos. A veces, el problema consiste en determinar las relaciones que se dan entre predicados.

4.) Por subsunción individual los autores entienden el problema de la determinación de la verdad de ciertos enunciados contingentes (sintéticos) de la forma general « Fa », donde « F » representa un predicado del lenguaje y « a » es un nombre propio (el nombre de un objeto individual). Para resolver este problema el juez debe descubrir si el objeto individual dado tiene o no la propiedad designada por el predicado en cuestión. Subsunción genérica sería en cambio el problema de establecer qué relación se da entre dos predicados. Lo que se discute es un enunciado metalingüístico acerca de los predicados de la forma « $F < G$ ». El resultante enunciado universal del lenguaje « $(x) (Fx \rightarrow Gx)$ » es analítico, porque su verdad está basada en el significado de los términos « F » y « G »: Las reglas semánticas que determinan el significado de esos predicados son o bien ya existentes (si hay un uso lingüístico establecido para esos términos) o tienen que ser estipulados por el juez.

5.) Las dificultades para solucionar los problemas de la subsunción, tanto individual como genérica, provienen de dos fuentes diferentes: *a.)* lagunas de conocimiento (falta de conocimientos fácticos) y *b.)* lagunas de reconocimiento o casos de penumbra (indeterminación semántica o vaguedad de los predicados involucrados). Es verdad que la vaguedad de un predicado puede requerir la toma de decisiones, pero éste no es un argumento valedero en contra de la naturaleza deductiva del razonamiento jurídico. Aunque algunas veces hay que tomar decisiones para establecer las premisas de un razonamiento, esto no impide que el razonamiento que lleva de las premisas a la conclusión sea reconstruido como una inferencia deductiva. Este problema nada tiene que ver con el derecho y con el razonamiento jurídico, pues es una característica de toda lógica aplicada.

6.) Un enunciado es lógicamente implicado por, o es una consecuencia de, un conjunto de enunciados, si y sólo si, no hay una interpretación tal que haga verdaderos los enunciados de ese conjunto (premisa del argumento) y falso el enunciado implicado por el argumento (conclusión). Un razonamiento lógicamente válido preserva la verdad en el sentido de que si las premisas son verdaderas, entonces, la conclusión tiene que ser verdadera. Por otra parte, dos enunciados son incompatibles si y sólo si, la verdad de uno de ellos

implica la falsedad del otro. El problema crucial consiste en saber si es posible definir esas relaciones sin recurrir al concepto de verdad para poder aplicarlas a enunciados que carecen de valores de verdad.

Finalmente, debe distinguirse la interpretación de la aplicación del derecho, pues mientras la primera puede ser realizada por cualquier sujeto y tiene por objeto el texto normativo, la segunda sólo puede tener como sujeto determinados órganos públicos, tiene por objeto la norma en sentido estricto, lo que presupone la actividad interpretativa y, por último, mediante la aplicación solemos designar un conjunto de operación que además de la interpretación incluyen la fijación de los hechos, su subsunción y la solución del caso.

CONCLUSIONES DE LA SECCION SEGUNDA

1.) Una de las principales finalidades que el legislador persigue al dictar normas jurídicas es motivar ciertas conductas sociales, siendo necesario para ello comunicarlás a aquellos sobre cuya conducta se pretende influir, ello supone el uso del lenguaje y la existencia de una comunidad lingüística. También es menester que el sentido del enunciado sea captado por el destinatario, pues de lo contrario no podría cumplir el papel que el legislador le asigna, pero aquí se presenta el problema de la determinación del sentido de las palabras, para lo cual existen dos opciones: o bien las palabras son usadas en el lenguaje habitual, o bien el autor se ha apartado del uso común y ha utilizado una expresión con un sentido diferente (Alchourrón - Bulygin)

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, pues se suele pensar que la intención del legislador no es decisiva para atribuir significado a las palabras, lo que llevaría a considerar que los jueces se encuentran vinculados en el derecho legislado por un serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo a ciertas reglas semánticas y sintácticas, independientemente de que las haya tenido en cuenta o no el legislador (Nino).

Esta actividad consistente en la determinación del sentido es la que comúnmente denominamos interpretación, siendo su dificultad más frecuente la vinculada con la aplicación de las normas a casos concretos, pues aun conociendo el significado de una expresión, pueden surgir dudas acerca de su aplicabilidad a un caso. Mediante el término "*interpretación*" nos referimos a veces a cualquier entidad capaz de ser portadora de sentido; de modo más específico, a entidades lingüísticas y, más restringidamente todavía a los casos de duda respecto del significado en un caso concreto. También es posible distinguir entre la interpretación como actividad de decidir o proponer un significado y la interpretación como producto de dicha actividad.

Como resulta imposible que las reglas sean formuladas de modo particular para cada individuo, el derecho se vale de pautas de conducta generales, siendo el medio por excelencia para comunicar dicha pautas las leyes, que están formuladas en lenguaje natural y que, por ello, presentan a la hora de su aplicación al caso concreto indeterminación en la zona marginal en mayor o menor grado. No obstante, dicha indeterminación o falta de certe-

za no proviene únicamente de problemas lingüísticos, aunque sean normalmente los más frecuentes.⁶⁷

2.) Con relación a la vaguedad y la textura abierta como supuestos de indeterminación semántica, Hart no ha sido uniforme en sus conceptualizaciones, pues a veces las ha considerado sinónimas, en otras ha hecho referencia a dos tipos distintos de un mismo fenómeno, y en fin ha descrito la textura abierta como vaguedad potencial. Como explica Lifante Vidal (1999:200/1), el análisis de Waismann con relación al problema de la textura abierta (*Porosität der Begriffe*) es mucho más preciso, en el sentido de que no es posible excluir totalmente la posibilidad de que surja una situación imprevista en la que tendríamos que modificar nuestra definición, pues ningún concepto está delimitado de modo que no quepa ninguna duda ya que siempre hay otras direcciones en que el concepto no ha sido definido. De este modo, la causa de la "textura abierta" se encuentra en la deficiencia de nuestro conocimiento sobre la realidad en su conjunto, lo que implica que las definiciones nunca pueden ser totalmente completas. Pero además, a diferencia de Hart, Waismann distingue claramente entre la "textura abierta" y la "vaguedad", entendiendo por la última al caso en que una palabra es usada de manera fluctuante en la vida real y a la primera como la posibilidad de vaguedad. Por ello la vaguedad podría ser remediada por reglas más precisas, mientras que la textura abierta no.

3.) La reducción de la indeterminación puede ser abordada desde dos perspectivas diferentes: *a priori* o *a posteriori*, interesando a Hart especialmente la primera (cfr. Lifante Vidal, 1999: 202/3). Yendo a la interpretación más radical, Hart piensa que existen determinadas áreas de conducta que requieren un mayor grado de indeterminación, y entonces se quiere dejar un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, ya que se considera imposible prever aproximadamente las circunstancias que podrán afectar al caso concreto, las que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión (piénsese en términos como "negligencia", "impericia" o "imprudencia"). Asimismo, existen para Hart conceptos -que denomina estándares variables- que no tienen únicamente una periferia de penumbra, sino que son centralmente vagos como, por ejemplo, "debido cuidado", "abuso del derecho", "buena fe" etc. Aquí la indeterminación se presenta en el hecho de que las condiciones de

⁶⁷ Lifante Vidal (1999:197) destaca en la obra de Hart al menos cinco tipos de indeterminaciones: *a.*) la semántica (textura abierta); *b.*) supuestos más radicales que este último; *c.*) la ambigüedad; *d.*) la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso; y *e.*) la originada en los propósitos perseguidos por el legislador.

aplicación varían dependiendo del contexto (cfr. Lifante Vidal, 1999:216 y ss.). Tampoco ha sido uniforme la distinción que nos proporciona Hart entre los casos fáciles y difíciles. En un primer momento el autor sostuvo que los primeros eran aquellos que caían dentro del núcleo de significado de la regla, mientras que los segundos en la penumbra de duda, debiéndose atender exclusivamente a las convenciones lingüísticas. En una segunda etapa Hart morigeró dicha afirmación exponiendo que ello ya no es una mera cuestión semántica y definiendo al caso fácil como aquel en que existe un acuerdo general sobre su inclusión en el campo de aplicabilidad de la regla y al caso difícil como aquel en el que calificados juristas pueden estar en desacuerdo sobre qué dice el derecho en algún punto. Ello puede obedecer tanto a las convenciones compartidas del lenguaje, como a las especiales del uso jurídico de ciertas palabras, o a los propósitos de las disposiciones legislativas (ver Lifante Vidal, 1999:224/6).

Así, el razonamiento judicial no puede ser entendido como una mera deducción lógica, dado que no es posible establecer de manera inequívoca y precisa las premisas. Por este motivo Hart piensa que los jueces gozan de discrecionalidad, en el sentido de que sus decisiones no están completamente regidas por las reglas del sistema, lo que no implica negar que existan ciertas pautas que guíen el ejercicio de la discrecionalidad judicial, ya que los jueces no se comportan como legisladores sino que aplican criterios de relevancia y de similitud que dependen de muchos factores complejos presentes en el sistema jurídico. Posteriormente, agrega que también existe una amplia variedad de intereses individuales y sociales, metas políticas y estándares de justicia y moralidad (Lifante Vidal, 1999:226/8). Hart toma partido por una postura intermedia entre el formalismo y el escepticismo, pues entiende que hay casos en los que la decisión judicial es meramente declarativa, mientras que en otros es creativa y constructiva, pero la existencia de casos fáciles hace posible que esa "*creación*" no sea equiparable a la actividad legislativa. Lamentablemente, Hart no desarrolla esta función aplicadora del derecho en los casos difíciles, aunque su posterior evolución se debe esencialmente a las teorías de la argumentación jurídica. Evidentemente, el derecho expresa límites que implican defender en ciertos casos la tesis de la discreción judicial, lo que presupone la distinción entre casos fáciles y difíciles. De ello no puede derivarse sin más que el juez pueda simplemente imponer sus preferencias personales arbitrariamente, sino todo lo contrario: el juez tendrá que justificar su decisión argumentando del modo más razonable posible.

4.) El objeto de la interpretación jurídica son las disposiciones jurídicas o, más específicamente, los textos jurídicos. El alcance que se otorgue al término "*interpretación*" se encuentra íntimamente relacionado con la concepción que se tenga acerca del derecho. Si bien se lo suele utilizar para describir diferentes actividades, parece prudente entenderlo aquí en sentido estricto, es decir, como atribuir o adscribir sentido o significado a un enunciado o texto normativo, mediante la formulación de otro enunciado interpretativo, sin perjuicio de tener presente la interpretación como actividad y como producto.

5.) Las normas son comunicadas mediante la utilización de símbolos lingüísticos, y la determinación de qué norma ha sido sancionada presupone la actividad de *interpretar*, es decir, atribuir significado. Al ser ellas formuladas en el lenguaje natural, las expresiones deben ser interpretadas de acuerdo con el significado que se les atribuyen de acuerdo con las costumbres lingüísticas del grupo social al que las normas van dirigidas.

6.) El lenguaje es un sistema de símbolos constituido por palabras. Es una convención, en el sentido de que las palabras son símbolos que representan cosas creadas por el hombre, y este es libre de estipular el significado que quiere para las palabras. Claro que si esa libertad fuese ilimitada, existiría una imposibilidad en el acto de comunicación. De allí que se aconseje la utilización de la "*regla de uso común*", que establece que es preferible adoptar el significado que las palabras tienen en el uso común del lenguaje, a excepción de que se cree una nueva palabra, o se intente eliminar la ambigüedad o vaguedad de una existente.

7.) Las expresiones lingüísticas, consideradas independientemente de su interpretación, no son ni precisas ni imprecisas. Incluso la ambigüedad de una expresión lingüística no es causa de imprecisión, pues obliga al intérprete a hacer una opción interpretativa. En cambio, la vaguedad sólo afecta a los significados, no a las palabras, y sí es una causa de imprecisión.

8.) El significado de las palabras tiene dos aspectos o dimensiones: su denotación o extensión, es decir, a la clase de cosas o hechos nombrados por la palabra, y su designación o intensión, es decir, el conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término. A partir de ello es posible distinguir dos tipos de vaguedad, la intensional, es decir, cuando las propiedades connotadas por un concepto no están determinadas exhaustivamente o poseen naturaleza graduable, y

la extensional, es decir, cuando existe una indeterminación parcial de la extensión o campo de aplicabilidad de un concepto (Lifante Vidal, 1999:209).

También el lenguaje puede cumplir diferentes funciones o usos: informativo, expresivo, prescriptivo, pero sólo podemos predicar verdad o falsedad del primero de los usos. Pero se debe tener presente que estos usos no suelen presentarse en forma pura en la comunicación ordinaria sino de manera combinada, incluso pueden estar las tres funciones simultáneamente presentes.

9.) De acuerdo con sus finalidades, las definiciones se puede clasificar en informativas o lexicográficas, que tiene por objeto informar sobre cómo la gente o alguien usa una palabra, la cual será verdadera o falsa según su correspondencia o no con el uso que pretende describir; y estipulativas, que prescriben o recomiendan cierto uso de un término y que, por ello, no pueden ser verdaderas o falsas pues sólo expresan directivas acerca del significado que habrá de darse a determinada palabra.

Por otro lado, cuando una oración está usada con el objeto de describir algo, su significado suele denominarse proposición, y es sólo sobre éstas de las que se predica verdad o falsedad. No se debe confundir la proposición con los símbolos que la enuncian, ya que no es posible transmitir ninguna proposición sin ellos. Las proposiciones pueden ser analíticas o sintéticas: las primeras son aquellas cuya verdad o falsedad se determina del análisis semántico o sintáctico de la oración que expresan; en cambio, las segundas son aquellas cuya verdad o falsedad depende de que algo ocurra o no en la realidad. Claro que esta distinción no es totalmente pacífica y admite diversos matices que no hemos tratado a los fines de este trabajo.

Sin perjuicio de que portador de verdad elijamos (enunciados, oraciones o proposiciones) lo importante es que satisfagan dos requisitos: **a.)** que su valor de verdad no cambie; y **b.)** que todos los miembros de la clase perteneciente sean verdaderos o falsos. Además, se debe tener en cuenta que no es lo mismo el contenido proposicional de una emisión lingüística y la fuerza ilocucionaria de dicha emisión, distinguiéndose también entre el significado descriptivo (o proposicional) y el no descriptivo (o no proposicional), siendo los primeros verdaderos o falsos si las proposiciones que expresan son verdaderas o falsas.

10.) Por otra parte, la regla *nullum crimen sine lege* puede ser entendida como regla de clausura que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal,

aunque la clausura es relativa a un universo de soluciones determinado, es decir, las prohibiciones penales. El sistema penal es entonces un sistema relativamente cerrado.

11.) Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita. Si lo escrito es capaz de influir sobre el juez, ello se debe a que posee un significado que nada tiene que ver con la sustancia física. Dado que todas las palabras en mayor o menor medida son vagas y muchas de ellas ambiguas, el significado de una palabra se puede determinar de modo más preciso cuando se la considera como parte integrante de una expresión y, a su vez, el significado de una expresión se puede determinar en forma más precisa si es considerada con relación al contexto lingüístico o la situación no lingüística. Por otro lado, la situación de que existan enunciados interpretativos asertivos, y que de ellos pueda predicarse verdad o falsedad, no nos lleva necesariamente a considerar que siempre existe una solución unívoca para cualquier problema de interpretación, pues también coexisten enunciados adscriptivos, que no son susceptibles de verdad o falsedad. Es posible que frente a casos problemáticos las reglas semánticas o sintácticas no ofrezcan una solución unívoca, y sólo es factible tomar una decisión, que podrá ser más o menos plausible, pero siempre será una decisión, incontrastable en términos de verdad o falsedad.

12.) Tomamos partido por una postura intermedia en materia interpretativa: interpretar una formulación normativa F es, según el caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S. Interpretar es ciertas ocasiones es una actividad cognoscitiva (informativa; casos típicos), y en otras una actividad decisoria (estipulativa, casos atípicos).

13.) Distinguimos -siguiendo a von Wright (1.970)- entre las formulaciones normativas, como oraciones que expresan normas, las normas expresadas por dichas formulaciones, y las proposiciones normativas expresadas por enunciados metalingüísticos referidos a las normas.

A los fines de este trabajo entendemos que dentro de las diversas opciones resulta preferible conceptualizar "*norma*" como una prescripción. De esta forma, una formulación normativa sería una expresión lingüística a través de la cual una autoridad pone en conocimiento de ciertos agentes cómo pretende dirigir su conducta, en la medida en que dicha expresión sea considerada como símbolo, con prescindencia de su significado. Estas

expresan normas, de modo que sólo corresponde hablar de ellas como resultado de la operación que lleva a cabo el intérprete cuando toma en consideración el significado de una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas para sus términos componentes. Así una norma sería la correlación de un significado a una formulación normativa (Rodríguez, 2006).

La actividad interpretativa consistiría entonces en la identificación del significado de una formulación normativa, o en la adscripción de uno entre varios posibles. Si bien en la práctica no es sencillo trazar la distinción entre normas y proposiciones normativas dado la ambigüedad de las expresiones deónticas, una vez detectada estimamos conceptualmente determinante dicha distinción. Las normas son formuladas para emitir prescripciones; en cambio, las proposiciones normativas informan que hay determinada prohibición, permiso o que algo es obligatorio.

14.) En cuanto a los problemas vinculados a la interpretación hemos seguido principalmente a Ross, quien explica claramente cómo el sentido se ve afectado por factores lingüísticos y no lingüísticos. También nos ha resultado valioso el aporte de Hart, en especial su distinción entre casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables, y casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no, pues sólo exhiben algunas de las características del caso obvio mientras que le faltan otras. Aquí creemos que los criterios de interpretación sólo pueden disminuir estas incertidumbres pero no eliminarlas. Para clarificar aún más la cuestión, es preciso distinguir entre problemas de relevancia, de interpretación, de prueba y de calificación. Evidentemente, el derecho posee límites que implican defender en ciertos casos la tesis de la discreción judicial, lo que presupone la distinción entre casos fáciles y difíciles. De ello no puede derivarse sin más que el juez pueda simplemente imponer sus preferencias personales arbitrariamente, sino todo lo contrario: el juez tendrá que justificar su decisión argumentando del modo más razonable posible.

15.) Las directivas de interpretación pueden caracterizarse como pautas de conducta que engloban instrucciones, recomendaciones, etc., en el proceso aplicativo de la ley, es decir, que pretenden facilitar la tarea interpretativa y justificatoria del derecho en la medida en que proveen argumentos o razones. El ordenamiento jurídico argentino hace referencia a ciertas pautas de un modo acotado y descoordinado, como los arts. 16/7 del

Código Civil, 4/5 del Código de Comercio, 77/8 del Código Penal, y el Preámbulo y diversas disposiciones de la primera parte de la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de que dichas indicaciones legales pueden llegar a tener gran utilidad en el caso concreto a juzgar, no existe ningún método conocido que nos pueda suministrar una solución unívoca para todos los supuestos que se presentan o puedan presentarse en un futuro, dado que el derecho, por los motivos antes expuestos, es parcialmente indeterminado. De modo que dichas indicaciones legales, en armonía con los criterios interpretativos reconocidos, pueden brindar a lo sumo una solución más plausible o "*justa*" del caso concreto.

16.) En el campo de la teoría jurídica o filosofía del derecho -y también en el de la lingüística- resultan casi unánimes las opiniones de que hoy en día no puede sostenerse un literalismo extremo, es decir, que la interpretación literal no nos proporciona una solución unívoca para todos los casos, aunque sí existe cierto consenso tanto en el ámbito penal como en el de la teoría del derecho en que es el punto de partida de toda interpretación.

Nos parece sumamente interesante la distinción que realiza Guastini entre dos tipos fundamentales de interpretación, la declarativa (o literal) y la correctora. Dichos conceptos son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos, es decir, que no puede haber una interpretación que sea al mismo tiempo literal y correctora, y no puede haber una interpretación que no sea literal o correctora. Y también son lógicamente interdependientes, en el sentido que la interpretación correctora se define por contraposición a la literal.

Como las palabras no están dotadas de un significado "*propio*", independiente de los usos, no es posible sostener que la interpretación literal es aquella que atribuye a las disposiciones normativas su "*propio*" significado. Como no se puede definir con certeza cuál es el significado literal de las palabras, tampoco puede sostenerse que la interpretación atribuye a una disposición su significado "*literal*" más próximo o inmediato, pues el significado literal es una variable dependiente de la competencia lingüística y de la intuición de cada uno. Asimismo, según Guastini no existe total identidad entre los adjetivos "*declarativa*" y "*literal*", ya que ponen el acento sobre aspectos distintos de la misma técnica interpretativa: el primero subraya que se adhiere al significado querido por el legislador y el segundo subraya que se adhiere al significado precisamente literal de la disposición interpretada. Mien-

tras que en favor de la interpretación declarativa se alega el argumento del lenguaje común y el argumento *a contrario*, con relación a la interpretación correctora se sostiene que sería aquella que no atribuye a un texto normativo el significado literal más inmediato; sino un significado distinto, el cual puede ser más amplio (interpretación extensiva) o más restricto (interpretación restrictiva).

Igualmente, Mazzaresse se ha referido con detenimiento a la interpretación literal descartando con fundados argumentos el literalismo en general, ya que -a su criterio- la noción de significado literal no permite fundar un criterio interpretativo aceptable de forma incontrovertida, de modo que como máximo su papel debe circunscribirse al de conducir al oyente en la identificación de los puntos relevantes del contexto de la información que deben ser utilizados para dar cuenta de una interpretación.

17.) No obstante las dificultades planteadas, no nos parece acertado relativizar por completo el método literal, pues como dijimos nos proporciona al menos el punto de partida de toda interpretación y, en muchos supuestos, puede resultar autosuficiente, sin perjuicio de tener que acudir al contexto. Por otra parte, si la interpretación literal no nos da el más mínimo apoyo, fracasaría el fin fundamental del legislador, es decir, motivar ciertas conductas sociales comunicando a sus destinatarios a través de las palabras sus prescripciones. Y también fracasaría toda posibilidad de distinguir entre interpretación restrictiva y extensiva, así como a esta última de la analogía. Incluso carecería de sentido la exigencia de que las leyes penales sea precisas si no se pudiera establecer un mínimo contorno de lo que se entiende por interpretación literal, más allá de las dificultades que se puedan presentar en algunos casos concretos. Como sostiene Larenz, el tenor literal tiene una doble misión: es el punto de partida para la averiguación judicial del sentido y traza los límites de la actividad interpretativa, aunque a veces la ley consta de normas jurídicas incompletas que sólo juntamente con otras normas conforman una norma jurídica completa o se asocian en una regulación y, por encima de esta función general del contexto, la conexión de significado de la ley juega un amplio papel en orden a su interpretación, por lo que entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, obtiene preferencia la percepción de concordancia objetiva con otra disposición. Este criterio de conexión de significado exige prestar atención al contexto en primer lugar. Si todavía quedan abiertas diferentes posibilidades interpretativas, aparece el elemento histórico, y posteriormente los criterios teleológicos-objetivos. Sin em-

bargo, hay que tener presente, como explica Vernengo, que nunca el sentido literal puede alcanzarse mediante una simple investigación sintáctica o semántica. La invocación de la interpretación literal tiene visos de constituir una aplicación lisa y llana del derecho. De este modo, parece que la interpretación literal en el sentido que suele ser entendida descuida el contexto y la situación.

18.) La interpretación sistemática consiste en ciertos supuestos en hacer referencia a la situación de la disposición normativa (*sedes materiae*); en otros se utiliza la técnica de la disposición combinada, según la cual la norma está constituida por fragmentos de disposiciones normativas combinadas entre sí; un tercer tipo hace referencia a la constancia terminológica, y también a la inversa, a la inconstancia terminológica. También se llama interpretación sistemática al recurso a construcciones dogmáticas para atribuir significado a una disposición normativa. Como menciona Veluzzi, la noción de interpretación sistemática se utiliza con relación a argumentos interpretativos heterogéneos. Sólo en el supuesto en que los argumentos son reconducibles de modo tal que permita hacer coherente el sistema, asumiendo una función en la atribución o preferencia de un significado, en la corrección en sentido restrictivo o extensivo del significado del texto normativo, es decir, prevenir las antinomias, se habla de interpretación sistemática en sentido fuerte.

19.) Por otra parte, como explica Ross, existe un límite borroso entre: **a)** aquellos casos en los que el juez cree que hay -en la ley misma o en su historia legislativa- ciertos elementos que prueban que su interpretación concuerda con la intención del legislador; **b)** aquellos casos en los que, con acierto o con error y sin tener una clara conciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador; y finalmente **c)** aquellos casos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley a la luz de ideas que no pueden ser atribuidas al legislador, y que incluso posiblemente se hallan en oposición directa con las intenciones de este último. Asimismo, agrega el autor que parece que es inconcebible un estilo de interpretación completamente objetivo, en el sentido de que se funde exclusivamente en las palabras de la ley. La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho. Pero el legislador no es una persona individual, y las leyes suelen ser en gran medida producto del trabajo de personas que no integran la legislatura y, en última instancia, la real voluntad del legislador se encuentra en los miembros de la cáma-

ra que han votado el proyecto de ley. Una vez que se admite la importancia de los antecedentes legislativos, dicha convención sirve de base para la conclusión razonable de que la pasividad de los miembros que votaron puede ser considerada como expresión de que, al hacerlo, aprobaron las opiniones aclaratorias de la ley vertidas en el curso del proceso de sanción de ésta. Por otro lado, los antecedentes legislativos se tornan menos importantes a medida que la ley envejece, y la interpretación subjetiva de la ley asume entonces el carácter de interpretación histórica.

20.) Es razonable en este punto la tesis hartiana de que la precisión del lenguaje jurídico es limitada, ya que todas las palabras son vagas, lo cual se acentúa en el campo de las reglas jurídicas debido a que ellas están dirigidas a "clases" de personas o cosas. Por ello, a menudo el juez tiene discrecionalidad para escoger la interpretación que estime más adecuada: no aplica el derecho sino que lo crea para el caso concreto. Hart ha criticado tanto al formalismo como al realismo, encontrándose para él la verdad en el punto medio: en los casos fáciles es más adecuada la tesis del formalismo, mientras que en los difíciles la del realismo, teniendo el juez en estos últimos discrecionalidad al resolver, lo que no implica arbitrariedad. Más allá de lo complejo del debate, parece tener cierta plausibilidad la tesis de Hart en cuanto a que el principal problema que se presenta en los casos difíciles es un problema de lenguaje, y como no tiene solución, el juez tiene cierta discreción en la resolución del mismo, claro que ello no implica que la decisión tenga que ser arbitraria.

Frente a determinados problemas de vaguedad o ambigüedad, el lenguaje no nos suministra una respuesta, y tampoco nos las dan los restantes criterios o cánones de interpretación reconocidos, por lo que en éstos casos la tesis de la única respuesta correcta formulada por Dworkin es una ilusión.

21.) En general los penalistas se manejan con la canónica clasificación que ha expuesto en el siglo XIX Savigny. En nuestro medio, quien más profusamente se ha ocupado del tema ha sido Soler, quien parte de la premisa de que no se investiga propiamente la voluntad del legislador sino la de la ley, pues no basta que el legislador quiera hacerle decir una cosa a la ley para que ella efectivamente la diga. La interpretación es para él una operación lógico-jurídica.

También Gimbernat Ordeig ha dedicado un trabajo al respecto, manteniéndose en los cuatro criterios clásicos de Savigny: a.) la interpretación gramatical, admitiendo

que cuando el sentido literal es claro, el intérprete tiene dos alternativas: o bien admitirlo como decisivo en toda su extensión o bien limitarlo en función de otros criterios interpretativos, pero nunca sobrepasar el sentido; *b.*) la interpretación histórica, donde figuran en primer lugar las exposiciones de motivos y los textos preparatorios, aunque también interesa la legislación derogada. Si bien considera muy importante este canon, él será decisivo según se dé preferencia al fin que perseguía el legislador histórico o al fin objetivo de la ley; *c.*) la interpretación sistemática, que procura superar las posibles contradicciones entre los diversos preceptos penales; y *d.*) la interpretación teleológica, que reside en determinar si el fin es el subjetivo del legislador o el objetivo de la ley.

22.) En cuanto a los argumentos interpretativos, hemos mencionado a título ejemplificativo los siguientes: *a.*) el argumento "*a simile*"; *b.*) el argumento "*a fortiori*"; el argumento "*a contrario*"; *d.*) el argumento "*a rubrica*"; *e.*) el argumento "*sedes materiae*"; *f.*) el argumento "*ab auctoritate*"; *g.*) el argumento histórico; *h.*) el argumento teleológico; *i.*) el argumento económico; *j.*) el argumento "*a coherentia*"; *k.*) el argumento "*ad absurdum*"; *l.*) el argumento pragmático. Ellos suelen plantear diversos tipos de problemas a la hora de su aplicación, dada la dosis de vaguedad que contienen en sus formulaciones y que no existen jerarquía entre ellos, además de que pueden resultar incompatibles y hasta contradictorios entre sí. No obstante, pueden brindar una importante ayuda al momento de fundamentar una decisión interpretativa.

23.) Sostuvimos que existía un modo diferente de presentar la distinción entre interpretación restrictiva y extensiva: definiendo la una en función de la otra. De modo que los términos contenidos en las normas generales tendrían en principio el sentido que ellos poseen en el uso ordinario -salvo que el legislador expresamente estipule un cierto significado-: ese sería su significado literal. Tanto la interpretación restrictiva como la extensiva quedarían comprendidas dentro del marco de la interpretación literal, y se definirían una por oposición a la otra, es decir, una interpretación sería calificada como extensiva por comparación con otra más restrictiva y viceversa, una interpretación sería calificada como restrictiva por comparación con otra más extensiva. Desde este punto de vista podría diferenciarse a la analogía de la interpretación extensiva: esta última no transgrediría el sentido literal, mientras que la analogía sí.

De este modo los casos problemáticos de interpretación podrían considerarse como supuestos de analogía y los únicos casos en los que habría interpretación extensiva serían aquellos claramente incluidos dentro del alcance que el uso ordinario o jurídico de una expresión, que eventualmente podrían ser menos restrictivos que otros posibles sentidos que la expresión tenga en el uso corriente o jurídico.

Consideramos necesario precisar qué se entiende por interpretación literal que en la mayoría de los casos sólo nos puede suministrar un significado aproximado de las formulaciones normativas analizadas. Habrá casos en los que el uso corriente del lenguaje es tan unívoco que la interpretación también lo será, pero ello no es lo que sucede a menudo, por lo tanto los juristas suelen recurrir a lo que podemos llamar "*uso jurídico del lenguaje*", es decir a los diferentes cánones interpretativos conocidos como el teleológico, sistemático, etc. de modo de tratar de precisar el sentido de las formulaciones normativas. Las posibles interpretaciones que están comprendidas dentro de los cánones usuales de interpretación no implican analogía, pues estarían comprendidas dentro del sentido literal posible. Dentro de esta caracterización los problemas interpretativos que se presentan en el marco de la interpretación literal serían problemas ambigüedad y no de vaguedad, pues todos los casos comprendidos dentro del tenor literal son instancias claras de aplicación, donde el uso ordinario o jurídico le puede acordar más de un sentido claro. La distinción entre interpretación extensiva y restrictiva, entendida de este modo, se relacionaría entonces con la ambigüedad y la distinción entre interpretación literal y analogía se vincularía, en cambio, con la vaguedad.

24.) Normalmente se suele describir a la aplicación de las normas jurídicas a ciertos casos como el resultado de un silogismo en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa; la premisa menor la inclusión de un "*caso*" de la realidad en el supuesto de hecho de esa norma jurídica y la conclusión la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma. La averiguación del sentido de la norma jurídica incumbe a la interpretación (premis mayor), la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica constituye la subsunción (premis menor), mientras que la conclusión está constituida por la aplicación de la consecuencia jurídica. En el derecho penal este esquema lógico viene reforzado por los principios de legalidad y oficialidad, que intentan impedir que los tribunales se irroguen funciones que sólo corresponden al legislador. Sin embargo, este silogismo no es posible reducirlo a la actividad de la lógica formal,

pues la constatación de los hechos tal como han sucedido en la realidad es una tarea no exenta de dificultades. La tarea de reconstrucción de los hechos que realiza el juez sería entonces aproximativa, lo cual llevaría al problema de que la sentencia absolutoria o condenatoria también lo sería. Si bien no hemos profundizado dicha problemática quienes a nuestro criterio mejor han explicado los problemas de subsunción genérica e individual han sido los profesores Alchourrón y Bulygin, cuyas ideas de modo general resumimos en el título XIII de esta sección.

25.) Si bien nuestras conclusiones son provisionarias, no hemos encontrado ninguna razón de peso para excluir la interpretación extensiva, en el sentido en el que la hemos caracterizado, en la interpretación y aplicación del derecho penal.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AARNIO**, Aulis (1.987), Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica, traducido por José Pedro Úbeda, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 4, ps. 109/117.
- ALCHOURRON**, Carlos E. (1.991), "*Los argumentos jurídicos, a fortiori y a pari*", en *Análisis Lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRÓN**, Carlos E. – **BULYGIN**, Eugenio, (1.991a), "*Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*", en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRÓN**, Carlos E. – **BULYGIN**, Eugenio (1.991b), "*Definiciones y normas*", en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRON**, C. E. – **BULYGIN**, E. (1.998). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, traducción a cargo de los autores, Astrea, Buenos Aires.
- ANTOLISEI**, Francesco (1.988), Manual de derecho penal. Parte general, 8º edición, corregida y actualizada al cuidado de Luigi Conti, traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Temis, Bogotá.
- ARGIBAY MOLINA**, José F., **DAMIANOVICH**, Laura T. A., **MORAS MOM**, Jorge R., **VERGARA**, Esteban R. (1.972), Derecho Penal. Parte general. I, Ediar S.A.E.C.I.F, Buenos Aires.
- AROCENA**, Gustavo A. (2.003), Interpretación gramatical de la ley penal. Una investigación sobre su función, su relevancia y sus límites, Advocatus, Córdoba.
- ARROYO ZAPATERO**, Luis (1.983), Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, nº 8.
- ASEFF**, Lucía María (2.004), La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general, Juris, Rosario.
- ATIENZA**, Manuel, (1.986), Sobre la analogía en el derecho, Civitas, Madrid.
- AUSTIN**, John Langshaw, Palabras y acciones. Cómo hacer cosas con palabras, compilado por J. O. Urmson, traducido por Genaro R. Carrio y Eduardo A. Rabossi, Paidós, Buenos Aires.
- BACIGALUPO**, Enrique (1.996), Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá.
- BACIGALUPO**, Enrique (1.997), Principios de derecho penal. Parte general, 4º edición, Akal, Madrid.
- BACIGALUPO**, Enrique (1.999a), Principios constitucionales de derecho penal, Hammurabi, Buenos Aires.
- BACIGALUPO**, Enrique (1.999b), Derecho penal. Parte general, Hammurabi, 2º edición, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS**, Germán J. (2.001), Manual de la Constitución reformada, Ediar, Buenos Aires, vol. 1.
- BOBBIO**, Norberto (1.938), *L' analogia nella logica del diritto*, Serie: Memorie dell' istitute Giuridico, la Università, Torino.
- BOUMPADRE**, Jorge E. (1.998), Delitos contra la propiedad, Mave, Buenos Aires.
- BULYGIN**, Eugenio (1.991), Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos, en **ALCHOURRON**, C. E. – **BULYGIN**, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, ps. 169/93.
- BUSTOS RAMIREZ**, Juan (1.994), Manual de derecho penal. Parte general, 4º edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Ariel, Barcelona.
- CABRAL**, Luis (1.958), Ubicación histórica del principio "*nullum crimen nulla poena sine lege*", Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires.
- CARRIO**, Genaro R. (1.990), Notas sobre derecho y lenguaje, 4º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- COBO DEL ROSAL**, Manuel – **VIVES ANTON**, Tomás S. (1.996), Derecho Penal, Parte General, 4º edición, adecuada al Código Penal de 1.995 por María Isabel Valldecabres Ortiz, Tirant lo blanch, Valencia.
- COHEN**, Morris - **NAGEL**, Ernest (1.961), Introducción a la lógica y al método científico, traducido por Néstor A. Miguez, 2º edición, Amorrortu, Buenos Aires, vol. 1.
- COLOMBO**, Marcelo (2.003), El robo con armas: un tipo penal sin límites. La peligrosa función del concepto de arma impropia, (nota a fallo), La Ley, Buenos Aires, t. 2.003-E.
- COPI**, Irving M. (1.966), Introducción a la lógica, traducido por Néstor Alberto Míguez, 3º edición, Eudeba, Buenos Aires.
- CREUS**, Carlos (1.992), Derecho penal. Parte general, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires.
- DAMIANOVICH DE CERREDO**, Laura (2.000), Delitos contra la propiedad, Universidad, Buenos Aires.
- DONNA**, Edgardo Alberto, (2.000), Casos de derecho penal, 2º edición, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- DONNA**, Edgardo Alberto (2.001a), Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, 2º edición, Astrea Buenos Aires, t. 1.
- DONNA**, Edgardo Alberto (2.001b), Derecho penal. Parte especial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. II-B
- DWORKIN**, Ronald (1.988), El imperio de la justicia, traducido por Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN**, Ronald (1.993), Los derechos en serio, traducido por Marta Guastavino, Planeta-agostini, Barcelona.
- DWORKIN**, Ronald (1.995), Positivismo y derecho, La crisis del derecho y sus alternativas, Consejo general del Poder Judicial, Madrid.
- ESER**, Albin – **BURKHARDT**, Björn (1.995); Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, traducido por Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Melia, Colex, Madrid.
- FARREL**, Martín D. (1.969), La definición jurídica como definición estipulativa, La Ley, Sec. doctrina, Buenos Aires.
- FERRAJOLI**, Luigi (1.998), Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3º edición, Trotta, Madrid.
- FERRERES COMELLA**, Víctor (2.002), El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional), Civitas, Madrid.
- FONTAN BALESTRA**, Carlos (1.969), Tratado de derecho penal, Parte Especial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. V.
- FONTAN BALESTRA**, Carlos (1.980), Tratado de derecho penal, Parte General, 2º edición, corregida y actualizada, 2º reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I.
- FONTAN BALESTRA**, Carlos (1.998), Derecho penal. Introducción y parte general, corregida y actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, 16º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- FRIAS CABALLERO**, Jorge - **CODINO**, Diego - **CODINO**, Rodrigo (1.992), Teoría del delito, Hammurabi, Buenos Aires.
- GARCIA FIGUEROA**, Alfonso (1.999), La tesis del caso especial y el positivismo jurídico, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 22, ps. 195/220.
- GIANFORMAGGIO**, Letizia (1.987), Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas interpretes en serio, traducido por Juan Antonio Pérez Lledó, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 4, ps. 87/108.
- GOMEZ**, Astrid, - **BRUERA**, Olga María (2.000), Análisis del lenguaje jurídico, 2º edición, Editorial de Belgrano, Buenos Aires.
- GUARINONI**, Ricardo Víctor (2.000), Algunas reglas de clausura, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 23, ps. 729/35.
- GUASTINI**, Riccardo (1.997), Problemas de interpretación, traducido por Miguel Carbonell, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, nº 7, ps. 121/31.

- GUASTINI**, Riccardo (1.999), Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, traducido por Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona.
- GRÜN**, Ernesto (1.994), El lenguaje en la teoría jusfilosófica de Alf Ross, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n° 14, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 115/20.
- HAACK**, Susan (1.991), Filosofía de las lógicas, traducido por Amador Antón, 2º edición, Cátedra, Madrid.
- HALL**, Jerome (1.959), El principio de legalidad, traducido por Roberto J. Vernengo, LL, 54-809, Buenos Aires.
- HART**, H. L. A. (1.961), El concepto de derecho, traducido por Genaro Carrio, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HASSEMER**, Winfried, (1.984), Fundamentos del derecho penal, traducción y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- HASSEMER**, Winfried (1.998), Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva, traducido por Patricia S. Ziffer, Ad-Hoc, 2º edición, Buenos Aires.
- HERNANDEZ MARIN**, Rafael (1.999), Interpretación, subsunción y aplicación del derecho, Marcial Pons, Madrid.
- HERRERA**, Lucio Eduardo (1.997), "El principio de legalidad y la tipicidad", en: De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Coords., David Baigún, Eugenio Zaffaroni, Antonio García Pablos y José Pierangeli, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- HURTADO POZO**, José (1.991), A propósito de la interpretación de la ley penal, en Doctrina penal, Depalma, Buenos Aires, año 14, n° 55/56, ps. 491 y ss.
- JAEN VALLEJO**, Manuel (1.999), Principios constitucionales y derecho penal moderno, Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional, Ad-Hoc, S.R.L, Buenos Aires.
- JAKOBS**, Günter (1.997), Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la pena, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2º edición, Marcial Pons, Madrid.
- JESCHECK**, Hans Heinrich (1.993), Tratado de derecho penal. Parte general, traducido por J.L. Manzanares Samaniego, 4º edición, Comares, Granada.
- JIMENEZ DE ASUA**, Luis (1.964), Tratado de derecho penal. Filosofía y ley penal, 3º edición, Losada, Buenos Aires, t. II.
- JIMENEZ DE ASUA**, Luis (1.973), La ley y el delito. Principios de derecho penal, 6º edición, Sudamericana, Buenos Aires.
- JULIANO**, Mario (2.007), El nuevo tipo penal del robo con armas -ley 25.882- o el tiro por la culata, www.eldial.com
- KELSEN**, Hans (1.960), Teoría pura del derecho, traducido por Moisés Nilve, Eudeba, 20º edición, Buenos Aires.
- LARENZ**, Karl (1.994), Metodología de la ciencia del derecho, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, S.A, Barcelona.
- LIFANTE VIDAL**, Isabel (1.999), La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- LYONS**, John (1.981), Lenguaje, significado y contexto, traducido por Santiago Alcoba, Paidós, Barcelona - Buenos Aires.
- LUZON PEÑA**, Diego Manuel (1.996), Curso de derecho penal. Parte general I. Editorial Universitas, S.A., Madrid.
- MAGGIORE**, Giuseppe (1.954), Derecho penal, traducido por José J. Ortega Torres, Temis, Colombia, vol. I.
- MAIER**, Julio B.J. (1.989), Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos, Hammurabi, Buenos Aires, t. I, vol. b.)
- MARMOR**, Andrei (2.001), Interpretación y teoría del derecho, traducido por Marcelo Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona.

- MAURACH**, Reinhart, (1.994), Tratado de derecho penal, actualizado por Heinz Zipf, traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aomone Gibson, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, t.I.
- MAZZARESE**, Tecla (2.000), Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente, traducido por Jordi Ferrer Beltrán, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 23, ps. 597/631.
- MENDONCA**, Daniel (2.000), Las claves del derecho, Gedisa, Barcelona.
- MEZGER**, Edmund (1.989), Libro de estudio. Parte general, traducido por Conrado A. Finzi, 6ª edición, DIN, Buenos Aires.
- MIR PUIG**, Santiago (2.004), Derecho penal. Parte general, 7ª edición, *BdeF*, Montevideo-Buenos Aires.
- MOLINARIO**, Alfredo J. (1.996), Los delitos, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. II.
- MORESO**, José Juan (1.997), La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MORESO**, José Juan (2.001), Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad), en Revista Doxa nº 24, Alicante, ps. 525/45.
- MUÑOZ CONDE**, F. – **GARCIA ARAN**; Mercedes (1.996) Derecho penal. Parte general, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVARRO**, Pablo E. – **MANRIQUE**, Laura (2.007) El desafío de la taxatividad. La claridad y precisión de las leyes penales (inédito).
- NINO**, Carlos Santiago (1.980), Introducción al análisis del derecho, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires.
- NUÑEZ**, Ricardo C. (1.959), Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I.
- NUÑEZ**, Ricardo C. (1.989), Tratado de Derecho Penal, Lerner, Córdoba, t. IV.
- NUÑEZ**, Ricardo C. (1.993), La ley única fuente del derecho penal, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, Lerner, Córdoba, nº 50.
- OVIÑA**, Guillermo J. (1.964), *Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- PORTELA**, Mario Alberto, (2.006) Interpretación y aplicación del derecho, en "*Temas de Derecho Penal Argentino*", La Ley, Colección Académica, Buenos Aires.
- PORTO**, José Edelmiro (1.952), Fuentes de derecho penal, Universidad Nacional de la Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata.
- QUINTERO OLIVARES**, Gonzalo (1.992), Derecho Penal, Parte General, reedición de la Segunda Edición con Addenda al anteproyecto de Código Penal de 1.992, con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canus, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid.
- RAWLS**, John (1.993), Teoría de la justicia, traducido por María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México.
- REINALDI**, Víctor Félix (2.004), El robo con armas, La Ley, Córdoba, septiembre.
- RODRIGUEZ**, César (1.998), El debate Hart – Dworkin, Cristina Motta (Dir.), Siglo del hombre editores, Bogotá.
- RODRIGUEZ**, Jorge L. (2.002), Lógica de los sistemas jurídicos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RODRIGUEZ MOURULLO**, Gonzalo (1.978), Derecho penal. Parte General, Civitas, Madrid.
- ROSS**, Alf (1.997), Sobre el derecho y la justicia, traducción de Genaro R. Carrio, 2ª edición, Eudeba, Buenos Aires.
- ROXIN**, Claus (1.997), Derecho penal. Parte general, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª edición, Civitas S.A., Madrid, t. I.
- RUSCONI**, Maximiliano A. (1.997), Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- SAGÜES**, Néstor (1.989), Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, t.II.
- SALGUERO**, Manuel (2.002), Argumentación jurídica por analogía, Marcial Pons, Barcelona.

- SAYAGO**, Marcelo J. (2.005), Nuevo régimen legal del robo con armas. Ley nº 25.882, Advocatus, Córdoba
- SEGURA ORTEGA**, Manuel (2.003), Sobre la interpretación del derecho, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- SOLER**, Sebastián (1.962), La interpretación de la ley, Ariel, Barcelona.
- SOLER**, Sebastián (1.999), Derecho penal argentino, actualizado por Guillermo J. Fierro, 5º edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. I.
- SOLER**, Sebastián (2.000), Derecho Penal Argentino, actualizado por Guillermo J. Fierro, 4ª edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t.III.
- STIGOL**, Nora (1.994), Lenguaje y acción. Wittgenstein Austin, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, nº 14, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 77/92.
- STRATENWERTH**, Günter (1.982), Derecho penal. Parte General, traducido por Gladys Romero, 2º edición, Edersa, Madrid.
- TERAN LOMAS**, Roberto A. M. (1.980), Derecho Penal, Parte General, Astrea, Buenos Aires, t. I.
- TOZZINI**, Carlos A. (2.002), Los delitos de hurto y robo, 2º edición, Depalma, Buenos Aires.
- VELUZZI**, Vito (1.998), Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación, traducido por Amalia Amaya, en Revista Doxa nº 21-I, Alicante, ps. 65/82.
- VERNENGO**, Roberto J. (1.971), La interpretación literal de la ley y sus problemas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- VON WRIGHT**, Georg Henrik (1.970), Norma y acción, Tecnos, Madrid.
- WELZEL**, Hans (1.997), Derecho penal alemán. Parte general, 11º edición, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editora Jurídica de Chile, Chile.
- WROBLEWSKI**, Jerzy (1.985), Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, traducido por Arantxa Azurza, Civitas, Madrid.
- WROBLEWSKI**, Jerzy (1.989), Sentido y hecho en el derecho, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Argitarapen Zerbitzua Euskal Herriko Unibertsitatea, San Sebastián.
- ZARINI**, Andrea Verónica (2.003), Principio de legalidad y prohibición de analogía, inédito, Mar del Plata.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl - **ALAGIA**, Alejandro - **SLOKAR**, Alejandro (2.000), Derecho penal. Parte general. Ediar, Buenos Aires.
- ZULETA PUCEIRO**, Enrique (2.006), Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio, La Ley, Buenos Aires.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AGUILO REGLA**, Josep (1.990), Sobre <definiciones y normas>, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 8, p. 273/82.
- ALBERDI**, Juan Bautista (1.991), Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, 5º edición, Plus Ultra, Buenos Aires.
- ALEXY**, Robert (1.989), Teoría de la argumentación jurídica, traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de estudios constitucionales, Madrid.
- ALONSO**, Juan Pablo (2.006), Interpretación de las normas y derecho penal, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- BARRAGAN**, Julia (1.990), La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 8, ps. 63/74.
- BAYON**, Juan Carlos (2.000), Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico, en *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Fontamara, México, nº 13, octubre, p. 88/117.
- BIDART CAMPOS**, Germán J. (1.988), La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS**, Germán J., (1.988), Reflexiones constitucionales sobre la aplicación y control judicial de la ley penal, (tipo, pena desincriminación), ED, 125-264, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS**, Germán J. (1.992), El valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la interpretación y aplicación de las leyes penales, (nota a fallo), ED, 148-570, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS**, Germán J. (1.992), El margen de discreción judicial en la aplicación e interpretación de una norma penal, (nota a fallo), ED, 145-589, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS**, Germán J. (1.996), Un matiz importante en el principio de legalidad penal (nota a fallo), ED, 125-166, Buenos Aires.
- CALSAMIGLIA**, Albert (1.985), Sobre la teoría general de las normas, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 2, p. 87/105.
- COMANDUCCI**, Paolo (1.998), Principios jurídicos e indeterminación del derecho, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, nº 21-II, p. 89/104.
- COMESAÑA**, Juan Manuel (1.998), Lógica informal. Falacias y argumentos filosóficos, Eudeba, Buenos Aires.
- COMESAÑA**, Manuel (1.994), Razón, verdad y experiencia, UNMDP, Mar del Plata.
- COSSIO**, Carlos (1.939), La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley, Losada, Buenos Aires.
- CUETO RUA**, Julio C. (1.961), Fuentes del derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DE SAUSSURE**, Ferdinand (1.986), Curso de lingüística general, traducido por Amado Alonso, Alianza, Madrid.
- ECO**, Umberto (1.998), Los límites de la interpretación, traducido por Helena Lozano, 2º edición, Lumen, Barcelona.
- ECO**, Umberto (1.998), Semiótica y filosofía del lenguaje, traducción R.P., 4º edición, Lumen, Barcelona.
- ECO**, Umberto (2.000), Tratado de semiótica general, traducido por Carlos Manzano, 5º edición, Lumen, Barcelona.
- ECHAVE**, Delia Teresa – **URQUIJO**, María Eugenia – **GUIBOURG**, Ricardo A. (2.002), Lógica, proposición y norma, Astrea, Buenos Aires.
- FALCON Y TELLA**, María José (1.991), El argumento analógico en el derecho, Civitas, Madrid.
- FROSINI**, Victorio (1.995), La letra y el espíritu de la ley, traducido por Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Ariel, Barcelona.
- GAMUT**, L. T. F. (seudónimo) (2.002), Introducción a la lógica, traducido por Cecilia Duran, Eudeba, Buenos Aires, vol. 1.

- GARCIA AMADO**, Juan Antonio (1.987), *Tópica, derecho y método jurídico*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 4, p. 161/88.
- GARCIA MAYNEZ**, Eduardo (1.958), *Introducción al estudio del derecho*, 8º edición, Porrúa, México.
- GOLDSCHMIDT**, Werner (1.967), *Introducción al derecho*, 3º edición, Depalma, Buenos Aires.
- GUIBOURG**, Ricardo A. (1.989), *La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 9, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 155/70.
- HABERMAS**, Jürgen (2.001), *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, 4º edición, Trotta, Madrid.
- KLUG**, Ulrich (1.990), *Lógica jurídica*, traducido por J. C. Gardella, Temis, Bogotá.
- LEVI**, Edward H. (1.971), *Introducción al razonamiento jurídico*, traducido por Genaro R. Carrio, Eudeba, 2º edición, Buenos Aires.
- MARI**, Enrique E. (1.991), *La interpretación de la Ley: análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 233.
- MENDONCA**, Daniel (1.997), *Interpretación y aplicación del derecho*, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería.
- PERELMAN**, Chaïm (1.977), *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, traducido por Adolfo León Gómez Giraldo, Norma, Barcelona.
- RAZ**, Joseph (1.997), *La intención en la interpretación*, traducido por José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 20, p. 199/233.
- RECASENS SICHES**, Luis (1.956), *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- REDONDO**, María Cristina (1.997), *Teoría del derecho e indeterminación normativa*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 20, p. 177/196.
- RODRIGUEZ**, Jorge L. (1.997), *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, nº 6, abril, p. 149/67.
- RODRIGUEZ**, Jorge L. (2.002), *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- RUSSELL**, Bertrand (1.923), *Vagueness*, publicado en *Australasian Journal of Philosophy and Psychology* 1, ps. 84/92.
- SEARLE**, John (1.990), *Actos de habla*, traducido por Luis M. Valdés Villanueva, 3º edición, Cátedra, Madrid.
- SOLER**, Sebastián (1.962), *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona.
- SOLER**, Sebastián (1.969), *Las palabras de la ley*, Fondo de cultura económica, México.
- SUMMERS**, Robert (1.997), *Sobre la interpretación legislativa ideal*, traducido por Manuel González Oropeza y Howard Anderson, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, nº 6, abril, p. 107/30.
- VIEHWEG**, Theodor (1.991), *Tópica y filosofía del derecho*, traducido por Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- VON WRIGHT**, Georg Henrik (1.967), *La lógica de la preferencia*, traducido por Roberto J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires.
- VON WRIGHT**, Georg Henrik (1.970), *Ensayo sobre lógica modal*, traducido por Atilio A. Demarchi, Santiago Rueda Editor, Buenos Aires.

INDICE

HIPOTESIS DE TRABAJO	3
SECCION PRIMERA:	5
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL	5
TITULO I: UBICACION HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SITUACION ACTUAL	6
TITULO II: DEFINICION Y FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	16
TITULO III: LOS CONTENIDOS O DERIVACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	22
CAPITULO 1: PRELIMINARES	22
CAPITULO 2: LA PROHIBICION DE DERECHO CONSUECUDINARIO PARA FUNDAMENTAR Y AGRAVAR LA PENA	23
CAPITULO 3: LA PROHIBICION DE RETROACTIVIDAD	24
CAPITULO 4: LA PROHIBICION DE ANALOGIA	26
CAPITULO 5: LA PROHIBICION DE LEYES PENALES Y PENAS INDETERMINADAS	42
CONCLUSIONES DE LA SECCION PRIMERA	65
SECCION SEGUNDA:	73
LA INTERPRETACION DEL DERECHO	73
TITULO I: INTRODUCCION	74
TITULO II: INTERPRETACION: CONCEPTO. LENGUAJE Y FUNCIONES. DEFINICIONES. PROPOSICIONES Y NORMAS. SEMANTICA Y SIGNIFICADO. LEGALIDAD Y CLAUSURA	76
TITULO III: FUNDAMENTO Y MISION DE LA INTERPRETACION	84
TITULO IV: ALGUNAS PRECISIONES SOBRE FORMULACIONES NORMATIVAS, NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS	88
TITULO V: LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION (SINTACTICOS, SEMANTICOS, PRAGMATICOS Y LOGICOS)	90
TITULO V: LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACION (SINTACTICOS, SEMANTICOS, PRAGMATICOS Y LOGICOS)	90
TITULO VI: TIPOS DE INTERPRETACION	96
TITULO VII: TEORIAS DE LA INTERPRETACION	97
TITULO VIII: DIRECTIVAS DE INTERPRETACION	98
TITULO IX: CRITERIOS DE INTERPRETACION	100
CAPITULO 1: LAS OPINIONES EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO	100
CAPITULO 2: LAS OPINIONES EN EL DERECHO PENAL	112
TITULO X: LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS	122

TITULO XI: JERARQUIA ENTRE LOS CANONES DE INTERPRETACION	125
TITULO XII: LOS LIMITES DE LA INTERPRETACION	128
TITULO XIII: SUBSUNCION Y APLICACIÓN DEL DERECHO	134
CONCLUSIONES DE LA SECCION SEGUNDA	138
BIBLIOGRAFIA CITADA	152
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	157
INDICE	159