

## La conflictiva relación entre ley penal e interpretación

Por Guillermo J. Yacobucci

### I. El problema [\[arriba\]](#)

Ya en la década de los años setenta del siglo pasado y tiempo después que Arthur Kaufmann señalara que la analogía es una forma de interpretación, Jescheck explica que “la analogía no es sino un procedimiento habitual de discusión de lógica jurídica, que es utilizado en el derecho penal de la misma manera que en todo el derecho y no solo en *bonam partem*”, aunque cabe distinguirlo de la “creación” de la ley.

En nuestro medio, Esteban Righi indica que “es habitual que la aplicación de la ley no se agote en la mera subsunción, pues toda norma requiere de interpretación” pero agrega avanzando muchos más allá que Jescheck, que se trata de “un proceso creativo”[1].

En todos estos párrafos, cuya brevedad aparece notoria en términos de caracteres escritos, lo cierto es que se encuentran afirmaciones que ponen en evidencia la relación conflictiva que ha guardado siempre la noción de legalidad penal con el proceso de interpretación de la ley. Vale recordar que esta última estaba deslegitimada por Beccaria. Sin embargo las apreciaciones antes citadas muestran también una perspectiva contemporánea sobre la legalidad penal que ha abandonado el paradigma ilustrado de aplicación de la norma.

La primera cuestión indica que la concreción de la ley no siempre es un “mero” acto de subsunción, es decir de sujeción objetiva, natural, neutra y mecánica de un hecho bajo el enunciado literal de un tipo penal. Si eso es así, el interrogante consiguiente gira en torno al modo o método por el cual el juez identifica la tipicidad del comportamiento juzgado.

El segundo planteo es una toma de posición sobre la naturaleza y sentido de la interpretación. Así, para un sector de la doctrina jurídica, solo cabe interpretar cuando se está ante una situación concreta de duda (Jerzy Wroblewski). De esa forma se distingue entre interpretación y comprensión, pues *in claris non fit interpretatio*. Hoy la doctrina admite, por el contrario, que la interpretación resulta un procedimiento habitual y necesario para la aplicación de la ley, de manera que la situación de *claris* o de duda, resulta inmanente al mismo proceso interpretativo y no una condición para su ejercicio.

Finalmente, quizás la más audaz de sus afirmaciones: la interpretación es una actividad “creativa”. Esta aseveración entraría en colisión, al menos tomada en su sentido literal, con las exigencias políticas y jurídicas de la legalidad penal, que impiden a los jueces crear - propiamente hablando- derecho. Vale entonces interrogarse cuál es el sentido de creación normativa que cabe asignar a la interpretación penal de cara a las exigencias del principio de legalidad.

Las tres afirmaciones, de todos modos, suponen el abandono de aquella idea de Beccaria de que los jueces no pueden interpretar la ley pues de ser así, desalojarían al legislador de su competencia, creando en ese proceso derecho, que desde la perspectiva política y penal les está totalmente vedado. Estas consideraciones, sin embargo, no son algo extraño en el análisis de la ciencia penal contemporánea desde Jescheck a Hassemer, pasando por Bacigalupo, Sancinetti, Hruschka, Jakobs o Kindhäuser. Es importante entonces situar la relación entre interpretación y legalidad dentro del contexto de cambios que se han suscitado en las últimas décadas respecto

del paradigma ilustrado, para identificar las características de legitimación del proceso de aplicación de la ley penal en este estadio de nuestra cultura jurídica.

1. La finalidad “desmitificadora” de la modernidad ilustrada implicó, entre otras cosas, que la formulación de reglas fuera un acto absolutamente creador y autónomo de la voluntad humana, sin mayores referencias a otros niveles normativos que trascendieran esa instancia[2]. Por eso la formalidad en la producción del precepto se sobrepuso al contenido de éste, es decir, a su aspecto material o valorativo. No hay nada bueno o justo por naturaleza, sino que esto depende de la decisión de la ley, afirmaba en su tiempo Hobbes y mucho después Kelsen. En el campo jurídico, el legalismo asumió que la ley era tal por adecuarse a un procedimiento de formación reglado y no por su expresión de sentido axiológico. La razón procedimental desplazó cualquier referencia a la recta razón o razón material.[3]

La legitimidad de la ley surgía de su propia legalidad, pues no había posibilidad de confrontarla con otra instancia que tuviera igual “validez”. En esa comprensión, el derecho se redujo a la ley y ésta a la ley positiva, es decir, aquella que expresaba la voluntad del legislador a través de un enunciado. El Estado de Derecho fue así un estado legalista en sus inicios históricos y la división de poderes o competencias reclamó que la ley fuera un producto que saliera acabado de las manos del legislador, sin que pudiera existir o justificar una comprensión particular en la instancia de aplicación judicial. En ese orden, la interpretación estaba prohibida por cuestiones políticas, jurídicas y hasta científicas[4].

2. Este paradigma cultural, sin embargo, ha entrado en crisis hace ya unas cuantas décadas y, en especial, en los años que siguieron a la finalización de la segunda guerra[5]. Desde entonces no han dejado de desarrollarse una serie de modificaciones que han alterado intensamente la autocomprensión del sistema legal[6]. Obviamente, esta situación se vive de una manera particular en el área del derecho penal, donde el principio de legalidad: “nullum crimen, nulla poena sine lege” previa y escrita, estricta y cierta, pareció en sus orígenes encontrar en la consideración formal el modo más propicio para sus fines garantistas y político criminales. Sin embargo, la modificación de la comprensión política y jurídica del Estado de Derecho, sobre todo al asumir un “contenido” social -Estado Social de Derecho- exigió al mismo tiempo una nueva visión del tema[7].

3. En nuestros días, la legalidad no es admitida solo como expresión de mera formalidad sino que reclama la congruencia con ciertos contenidos[8]. La legitimidad no viene dada por el solo respeto a las formas o procesos de formulación normativa -aunque expresen la voluntad del legislador- sino que deben asumir un elenco de principios, valores y estándares que expresan la configuración de la sociedad. En buena medida, la Constitución es la fuente de esos aspectos a los que ha de someterse la reflexión jurídica -legal- sobre la ley. Además del principio de legalidad se suma pues la exigencia de constitucionalidad. El contenido material de la legalidad se une así a la formalidad procedimental como instancia definitiva.

Dentro de ese contexto, la interpretación opera como una instancia normal en el momento de aplicación de la norma y otorga a la jurisdicción una verdadera cuota de poder, diferenciado de las otras funciones del Estado[9]. La legalidad entonces reconoce en la interpretación un momento que forma parte de la “positivación” del enunciado originariamente escrito por el legislador. De allí que el principio de legalidad penal enfrente un desafío nuevo, en tanto las exigencias de ley “escrita” y “estricta” implican para la jurisdicción algo diverso a lo imaginado -y pretendido- por la tradición ilustrada.

Se puede hablar entonces de una crisis de la legalidad ilustrada en varios sentidos. En lo que aquí interesa, sin embargo, solo se hará mención a algunas cuestiones surgidas de la

interpretación operativa -la del momento de aplicación- de la ley penal. Y esto, sobre todo, atendiendo a las tensiones entre enunciado e interpretación, que envuelve el problema del tenor literal de la norma y la voluntad del legislador.

## II. ¿Porqué es necesario interpretar la ley penal? [\[arriba\]](#)

4. En tanto la ley penal parte de la redacción de un enunciado la transmisión de sentido es diferente a la de la palabra hablada. El texto cobra una mayor independencia respecto de su autor y permite del receptor una consideración más abierta, quizás por la “debilidad” contextual en la que se encuentra. Mientras el habla puede ser acompañada con gestos, referencias, sobre entendidos marcados por la situación; el texto carece de esos marcadores de significados propios del diálogo directo[10]. De esa forma parece lógico que el enunciado reclame una aproximación diversa a la del discurso proferido oralmente.

5. Como el enunciado del que trata la legalidad penal es expresado bajo la forma de un tipo, la interpretación que exige, va más allá de una pura consideración lingüística, aunque ésta sea la base o fuente del análisis. El tipo es un instrumento que permite clasificar a través de la identificación de un contenido determinado. Ese componente aparece en una multiplicidad casi inabarcable de comportamientos o situaciones imaginables que por lo tanto son en el orden empírico diferentes en su concreción pero que realizan, desde un cierto punto de vista, un elemento común[11]. El tipo sirve pues para expresar en abstracto el núcleo de significado -normativo- compartido por esa multitud de situaciones hipotéticas asumida por el legislador penal como ratio iuris .

Como instrumento, el tipo ofrece la posibilidad de contener una expresión de significado jurídico que es participado en distinto grado y formas por las exteriorizaciones humanas. Por eso su expresión de sentido encuentra contornos más definidos a través del uso de conceptos. Sin embargo, el concepto como tal no puede ser considerado sin referencia al tipo donde se encuentra integrado. De esa forma, en la interpretación del enunciado legal, tipo y concepto o conceptos se complementan necesariamente.

En consecuencia, en la legislación punitiva, no hay tipos penales sin conceptos, ni conceptos que puedan interpretarse aisladamente, sin su referencia al tipo en el que se integran. Los conceptos proveen al tipo su significación comunicativa básico, mientras que el tipo en sí da el sentido último -jurídico- al enunciado formado por conceptos. Así, la interpretación de los conceptos jurídicos reclama siempre la comprensión del tipo penal. Detrás de esos conceptos, dice Kaufmann, hay un tipo a tomar en cuenta. Vale pues la afirmación de que “los conceptos sin tipos son vacíos; los tipos sin conceptos son ciegos”[12].

La formulación de tipos dentro de la Política Criminal es lo que posibilita las funciones de la legislación punitiva. Señala Hart que esa instancia clasificadora permite comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas. De allí que las leyes tengan que referirse en forma especial, aunque no exclusiva, a clases de personas y a clases de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa[13].

6. De esa forma, la interpretación se constituye en una operación necesaria en la etapa de la subsunción, es decir, en el momento de sujetar el hecho a la consideración típica. A diferencia

de lo pretendido por Beccaria, el juez no puede aplicar la ley sin interpretarla. Sin embargo, Wroblewski considera que solo debe hablarse de verdadera interpretación cuando el enunciado ofrece dudas; en caso contrario dice, el juez se enfrentaría a una situación de claridad que no exige ningún proceso diferente al de la mera comprensión del texto.

A pesar de esta afirmación, Wroblewski reconoce que identificar la situación como clara o dudosa, no puede hacerse en abstracto, sino siempre de cara al caso concreto. Así, parece que la cuestión pasa por definir propiamente a que se denomina interpretación, es decir, cual es su naturaleza. Para el lógico polaco, debe distinguirse en la consideración de los enunciados legales entre un sentido *sensu largo* y otro *stricto sensu* o propio. El primero -es decir en sentido amplio- expresa en realidad “la comprensión de cualquier signo lingüístico”, su entendimiento de acuerdo a las reglas de sentido del lenguaje al que pertenece. En este caso, la interpretación aparece como sinónimo de comprensión, pues se usa como proceso para entender lo que se dice comunicativamente. Por el contrario, en sentido estricto se habla de interpretación solo para referirse a “la determinación de un significado de una expresión lingüística, cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación” [14].

La postura de Wroblewski no parece totalmente satisfactoria frente al lenguaje jurídico, pues si bien los textos en general pueden ser analizados en abstracto, los enunciados normativos exigen en la instancia de aplicación su puesta en relación con el significado normativo de la situación. Como la duda o la claridad es solo consecuencia del caso concreto, parece evidente que siempre resulta operativo interpretar el enunciado. En ese orden, la claridad en la comprensión permite la aplicación inmediata o directa del enunciado al caso merced a la interpretación que ha definido la situación como “claris”. Hay pues un acceso inmediato al significado en relación con el hecho.

En consecuencia, la instancia de comprensión del texto a partir de la cual se define la situación de duda o claridad ya forma parte del proceso de interpretación, pues solo en esa instancia es posible llegar al “significado” de la prescripción. Si se entiende que interpretar es atribuir sentido al enunciado legal, resulta congruente sostener la idea de que el juez siempre debe valerse de ese procedimiento.[15]

7. Interpretar pues es atribuir significado a los hechos, los conceptos y el tipo en el que se encuentran integrados. La puesta en relación de las situaciones cuya existencia real ha sido probada, con las normas que las regulan, solo es factible a través del significado que cabe otorgarles.

Prácticamente todos los conceptos jurídicos -incluidos los descriptivos- dice Kaufmann, son conceptos análogos, porque ellos no expresan jamás solamente algo observable, sino también alguna significación jurídica que trasciende lo meramente sensorial[16].

Esto fue observado ya por Welzel en sus escritos filosóficos, cuando indicaba que todos los conceptos típicos penales, incluso los descriptivos, como matar, herir o perjudicar no son conceptos causales de lesiones de bienes jurídicos, sino conceptos de relaciones de significados sociales, es decir, conceptos cuyo sentido se configura partiendo de su función en la totalidad social. De esa forma, matar, herir, perjudicar no son puras comprobaciones sino que se constituyen en elementos del tipo penal cuando se considera su significado social[17].

En consecuencia, puede decirse que el objeto de la interpretación es el texto legal como “portador” del sentido en él depositado, de cuya comprensión se trata en ese proceso operativo. Este, por lo demás, implica siempre la concretización del enunciado en tanto adquiere su determinación última en la instancia de aplicación frente al hecho. En definitiva, además de la

comprensión de las expresiones lingüísticas, la interpretación trata del sentido normativo que les corresponde[18].

### III. ¿Interpretar la ley o interpretar al legislador? [\[arriba\]](#)

8. En principio no debiera existir el dilema planteado en este título, en tanto el legislador expresa a través del enunciado su “voluntad” que, en el orden del tipo, es la valoración de los comportamientos y situaciones como contrarios a las normas primarias. Dicho de otro modo, la ley debiera decir aquello que el legislador manifiesta. Sin embargo, como quedó expresado más arriba, no es extraño encontrarse frente a problemas donde no resulta evidente determinar la finalidad de la ley; al menos en un número de casos cuyos contornos “normativos” son difuminados. Ciertamente que en nuestro tiempo pareciera que esa dificultad es una constante y que por lo tanto la labor judicial se aproxima demasiado a una tarea de “creación” de derecho contraria en principio a la legalidad penal.

Parece importante entonces rescatar la capacidad comunicativa habitual de los enunciados pero, al mismo tiempo, reconocer que la interpretación no siempre se encuentra con expresiones que determinan de manera inmediata el significado de la ley. Es más, en tanto el propio legislador se vale de conceptos abiertos, valorativos, normativos y situaciones complejas, la función interpretativa se hace más exigente y reclama la aplicación de estándares metodológicos donde parecen en pugna la “psiquis del legislador histórico” y “la objetiva teleología del enunciado”.

9. Así, puede hablarse de casos, como lo hace Hart, en que los términos generales muestran no exigir interpretación[19] y el reconocimiento de los ejemplos se presenta con cierta automaticidad. Se trata, en su propia definición, de los casos “familiares” que se repiten en forma constante en contextos semejantes. Sin ellos, las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación. Sin embargo, las variantes de lo “familiar” exigen de un proceso de clasificación para determinar si se integran bajo los términos generales. Es en este momento en que Hart habla de una especie de “crisis en la comunicación” pues 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. Como ya mencionaba Larenz, si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello, tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas[20].

10. La hermenéutica ha señalado que el enunciado cobra cierta independencia respecto del autor en tanto el receptor puede interpretarlo de una forma distinta. Hay una “apertura” en cuanto al significado -que ya vimos no es absoluta- que se verifica atendiendo al concepto en sí mismo pero, sobre todo, en su relación de sentido una vez integrado al tipo penal.

Esta situación, que no ofrece problemas “políticos” o incluso morales en el análisis de textos literarios, en el campo de los enunciados jurídicos no puede ser de recibo sin atender a las peculiaridades de la cuestión. El autor del texto normativo está investido de una potestad y competencia que es decisiva a la hora de analizar el tema. El legislador tiene una legitimidad diferente a la de la jurisdicción y, en el Estado de Derecho, esto significa también una cierta sujeción propia de la distinción entre las funciones del poder.

Por lo tanto, el juez no tiene libertad plena para decidir el significado del enunciado y esto implica que el texto siempre guarda algún tipo de vínculo exigible con quien lo ha elaborado -el legislador-[21]. Se trata pues de la sujeción del juez a la instancia normativa predeterminada. El problema es discernir si esa instancia aparece constituida por la efectiva voluntad del legislador

o si ésta, en realidad, no evoca una psiquis histórica concreta sino una relación de sentido alcanzada a través del texto como objeto de interpretación judicial.

En esa línea, la Corte Suprema ha sostenido que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador” (Fallos, 302:973). Sin embargo, “la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley” (Fallos, 299:167) pues así como “los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió” (Fallos 300:700), las leyes “deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico” (Fallos 295:376).

11. En ese punto, Schünemann recuerda que en todas las democracias en las que los jueces no poseen una “legitimación democrática directa”, la pregunta por el carácter científico de la interpretación legal envuelve la pregunta por la existencia de una jerarquía y un orden en los métodos de la interpretación y la posibilidad de distinguir entre la aplicación del derecho *secundum* y *praeter legem*.- En definitiva, no se trata de *L'art pour l'art* científico-teórico; sino que analiza la legitimidad y aceptabilidad de las decisiones del tercer Poder y, con ello, al fin y al cabo, de la organización concreta que divide los poderes del Estado[22]. Nuestra Corte Suprema de Justicia asume esta situación en torno a las potestades políticas de cada órgano de poder y por eso afirma que “la ingente misión que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedades y no llega hasta la facultad de instituir la ley misma” (Fallos, 234:82).

12. Larenz sin embargo, indica siguiendo la tradición de Binding que la teoría “objetiva” de la interpretación no sólo sostiene que la ley, una vez promulgada, lo mismo que cualquier palabra hablada o escrita, puede adoptar para otros un significado en el que su autor no había pensado sino que, además de ello, afirma que el jurídicamente decisivo no es el significado tenido en cuenta por el autor, sino el significado “objetivo”, inmanente a la ley, que ha de ser averiguado con independencia de aquél. Señala así una antítesis fundamental entre la interpretación jurídica y la filológico-histórica[23].

Parece claro entonces que no se trata en la interpretación jurídica de un mero estudio de materiales históricos y opiniones individuales de sujetos concretos revestidos de la potestad legislativa. Por el contrario, la exégesis en la instancia de aplicación de la ley busca desentrañar las finalidades perseguidas como expresión política -en nuestro caso, político criminal-.

De hecho aún las opiniones individuales de los legisladores no se ven reflejadas necesariamente en el texto finalmente promulgado, en tanto esa voluntad particular ha encontrado objetivación en los acuerdos y consensos con otras opiniones o puntos de vista enfrentados. La expresión final del “legislador” es una voluntad objetivada que solo guarda una relación limitada o relativa con las voluntades concretas de quienes aportaron con su investidura política a la construcción de un enunciado legal. En éste se encuentra integrada una finalidad que se hace comprensible a través de lo que el texto “dice” al receptor jurídico encargado de su aplicación.

La variedad de situaciones que pretende ser alcanzada por el enunciado legal a efectos de concretar los fines previstos en la formación de la norma torna esa voluntad inicial en un punto de partida. Pone así un límite relativo a la operatividad del sentido jurídico finalmente expresado y comprendido a través del texto. La ley no lleva en si la solución de un caso sino un criterio o regla para aprender jurídicamente un número potencialmente infinito de situaciones que portan una *ratio iuris* común. Por eso la ley penal es un tipo y en particular un tipo de injusto.

13. La significación de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador -sobre tomado en sentido individual o como psiquis particular- había imaginado en concreto. El tipo se aplica a relaciones y contextos cambiantes que el legislador histórico -real- no podía tener presente. La ley ha de dar respuesta entonces a cuestiones que el propio autor no se había representado más que en su significado normativo abstracto de contrariedad al derecho[24].

Sin embargo, esa intención reguladora lleva como dicen Engisch y Larenz, decisiones valorativas que deben ser asumidas por el aplicador, en la medida que se pretenda seguir hablando de “interpretación” y no de “intromisión”. De lo contrario, señala Larenz “...la vinculación constitucional del juez a la ley, que significa la preeminencia del Poder legislativo sobre los otros “Poderes” en el proceso de creación del Derecho -lo que no excluye la cooperación del Poder judicial en este proceso-, no tendría entonces significado...La interpretación teleológica quiere decir interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación” [25].

14. La remisión a la voluntad del legislador es un argumento transcategorico que atraviesa aspectos de la interpretación relacionados con la literalidad del enunciado, su integración histórico, su comprensión por la jurisprudencia estable de los tribunales, su consistencia sistemática y, en definitiva, su peso valorativo. De suyo, la vinculación del juez al legislador no implica entonces una sujeción a la psiquis personal de un representante popular sino la admisión de una distribución de poderes republicana, que exige reconocer en la ley una finalidad que va más allá de la opinión, los deseos y la propia voluntad de quien aplica la ley.

Esto encuentra carriles diversos según que las pretensiones legislativas puedan ser halladas en la literalidad del enunciado, sus referencias temporales, sus contextos de aplicación histórica, su congruencia sistemática o sus objetivos identificables en el texto. Ciertamente que la inmediatez temporal con la promulgación del enunciado a veces facilita la vinculación del juez al legislador del momento. Sin embargo eso no siempre es posible en virtud de la técnica legislativa adoptada o la materia que se busca regular. La distancia con el momento de la formación del enunciado de suyo permite una tarea integradora de sentido más amplia, pues las mutaciones sociales hacen necesaria esa operación.

15. Con el paso del tiempo, la ley adquiere en cierto modo, una vida propia que puede alejarse incluso de algunas de las pretensiones originarias concretas, debido a los cambios en punto a la adecuación social, los niveles de riesgos jurídicamente aceptables, los contextos de interacción o los matices en la autocomprensión de la sociedad. Así, el contexto, la finalidad y la integración dentro de la noción de sistema brindan al enunciado normativo un sentido que aún remitiendo al legislador, cobra un cierto grado de independencia con su “voluntad”. El sistema, incluido el político referido a la distinciones de poderes, permite una integración consistente de la interpretación basada en fines y objetivos surgidos del enunciado en su relación con el contexto.

Se entiende entonces que la Corte Suprema explique que si bien la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, “la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución nacional” (Fallos 312:2382). En su voto de Fallos 316:1577, el juez Petracchi, sostiene especialmente que las leyes deben “hacer posible el conocimiento de los deberes por quienes deben cumplirlos”.

Según Bacigalupo, el juez está vinculado a valoraciones político-legales previas que influyen claramente en el momento de la interpretación. La discusión entre la teoría subjetiva, que busca su legitimidad en la voluntad del legislador y la teoría objetiva, que se sostiene sobre el sentido propio de la ley, solo puede ser saldada a partir de los principios que regulan al juez en su tarea[26].

En el centro de este debate entonces, parece manifiesto que la ley penal a través de su enunciado, brinda el punto de partida y el límite extremo de la disponibilidad judicial[27]. Dentro de ese campo, que no es tan estrecho como aparentaba serlo en el origen de la tradición dogmática penal, el juez se mueve merced a criterios interpretativos, reglas de imputación y conceptos emergentes de la dogmática, que encuentran su verdadero límite en los principios materiales del orden constitucional, político, social y ético.

En ese sentido, Jakobs explica que el principio de sujeción del juez a la ley, forma parte de esas normas cuya interpretación puede llegar a complicarse hasta el punto de que o fracasan en la práctica o la práctica fracasa en ellas. Desde la práctica ha de decirse entonces que exigir un máximo de taxatividad o determinación sobrepasa lo que puede llevar a cabo la praxis legislativa corriente. Si se pretende que el principio imponga una máxima determinación, en realidad degenerará en una simple “idea rectora” sin vinculación definitiva en el caso concreto. La eficacia del principio reside en realidad, según Jakobs en su aptitud crítica frente a la praxis pero sin entrar en una puesta en crisis global o genérica. Esto supone que el reclamo de taxatividad debe adecuarse a las distintas áreas del Derecho Penal, pues no puede mostrarse con igual rigor en toda su extensión. Debería hablarse pues de un estándar que regirá en cierto modo en la Parte Especial y será más complejo de definir en lo correspondiente a la Parte General de la imputación[28].

16. Esta comprobación ha puesto en crisis la idea ilustrada de que la aplicación de la ley se rige a través de un mecanismo de precisión y certeza que concluye con un resultado seguro, sujeto a verificación sobre bases empíricas y predecible en tanto se aplique una observación atenta a la letra de la ley y la exteriorización de los hechos traídos a examen jurisdiccional. La subsunción se explica así, en tanto paradigma legitimador, como un proceso neutro, objetivo, de naturaleza deductiva y resultado mecánico. El juez absuelve cuando la ley absuelve y condena cuando ella lo hace (Feuerbach) de manera que no aporta -valora- nada en esa instancia de sujeción de los hechos al derecho.

La modificación que sufre la consideración de este proceso de subsunción alcanza también al significado real de la “prohibición de analogía” que contempla el principio de legalidad. Así como el juez para Beccaria no puede interpretar; para la legalidad formal, la analogía significa una instancia de comprensión prohibida, en tanto remite a juicios de sentido y valor de los enunciados excluidos de la potestad jurisdiccional. Sin embargo, en la medida que se acepte o reconozca que los hechos son múltiples y los enunciados expresan un significado jurídico que debe ser hallado en esos sucesos, solo “tipificables” en cuanto tienen en común -como semejanza, es decir, analogía- una manifestación de sentido jurídico -ratio iuris-, la analogía se convierte en una instancia natural del proceso de aplicación de la ley a los hechos. La valoración entonces es parte de ese proceso de concreción normativa.

#### **IV. Un nuevo modo de entender la subsunción [\[arriba\]](#)**

17. El paradigma del proceso de subsunción recoge como valores la neutralidad y objetividad que serían producto de una observación naturalística semejante al proceso de verificación de las ciencias naturales y congruentes con las deducciones propias de las matemáticas. De esa forma,

la aplicación de la ley al caso concreto permite alcanzar la seguridad y la certeza que exige el sistema judicial.

Esta consideración exige la aceptación de ciertos presupuestos. Entre los que aquí interesa deben citarse la comprensión del tipo penal y la consideración de los “hechos”. El tipo penal, en ese orden, debe expresar una descripción que impida integrar -al menos en el momento de su entendimiento- aspectos valorativos. Estos, en todo caso, pertenecen a la instancia de la antijuridicidad. Para obtener ese efecto, el tipo debe reducirse a una expresión literal, esto es, a un enunciado que permita detallar los aspectos que pueden identificarse en la “realidad” a la que debe ser aplicado. En la medida que el tipo se comprenda como valoración, ese objetivo se complica, ya que requiere una interpretación no solo del enunciado sino a partir de la expresión de significado jurídico del texto.

A su vez, los hechos que han de ser subsumidos bajo ese texto descriptivo deben ser verificados en un sentido congruente con la neutralidad y objetividad del tipo penal. En consecuencia, lo que denominamos hechos son tramos empíricos que se explican por relación a procesos causales. Aceptación lógica si se entiende que estamos frente a sucesos que corresponden al mundo de la naturaleza.

En virtud de esos presupuestos, la subsunción en sentido tradicional se mueve en un plano de correspondencia fáctica o natural, ya que sujeta un hecho -el del comportamiento causalmente considerado- a otro hecho expresado paradigmáticamente en el texto del tipo. En ambos casos la objetivación de las situaciones -real y lingüística- aseguran la neutralidad del proceso que, por lo demás, permite la deducción final.

Por eso, el tipo se ve absorbido por los conceptos en tanto estos expresan de una manera abstracta y segura la definición de lo que está previsto a través del enunciado. El concepto se adueña del sentido del texto y neutraliza así las posibilidades que abre la comprensión de una situación normativamente enjuiciada.

18. Tan pronto la experiencia jurídica advierte que el sentido de la ley penal trasciende la mera expresión lingüística del enunciado y se ordena a una comprensión normativa, la subsunción modifica su naturaleza. Por eso Hart observa que el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta[29].

Kindhäuser explica desde esa nueva perspectiva, que los tipos delictivos de la ley penal tienen una doble función: por un lado describen el acontecer que ha de ser objeto de reproche y, por el otro, le otorgan a éste una carga normativa. Así, en el tipo penal concurren “una función de imputación” y “una función normativa”. La imputación jurídico-penal, opera ex post facto, especialmente en los delitos de resultado, donde el reproche se justifica respecto de quien lo ha concretado. La función normativa, por el contrario, tiene un sentido ex ante, ya que sirve como objetivo (negativo) respecto del destinatario de la norma, que está obligado a configurar su conducta de tal modo que no realice el tipo en cuestión. De esa forma, el profesor alemán identifica a los sujetos diferentes que interactúan respecto de estas dos funciones del tipo. En la función de imputación, el sujeto principal es el órgano estatal competente -que aplica la ley- mientras que en la función normativa, el tipo penal se dirige a los ciudadanos que aparecen vinculados a éste en la configuración de su comportamiento.

La imputación entonces, solo opera “cuando y en la medida en que a una persona se le reproche haber podido evitar la realización del tipo cumpliendo con su deber”. En resumen, dice Kindhäuser, el delito es una construcción de imputación que tiene como contenido una

contradicción con la norma, entendiendo con ello que la infracción de la norma es una conducta mediante la cual el agente expresa que ésta no rige para él, que no quiere reconocerla de modo efectivo en la configuración de su actuar [30].

Por eso, la primera relación entre regla y mundo no es propiamente lógica -Marmor- sino que se establece a través de un proceso de identificación de significado entre los niveles del caso y de la norma[31]. La Corte Suprema indica en ese mismo sentido que el rigor de los razonamientos lógicos no debe desnaturalizar los fines que inspiran la norma, ya que “no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse al riesgo de un formalismo paralizante” (Fallos 316:3045).

19. En este procedimiento de interpretación de hechos y normas, se busca alcanzar el sentido que opera como el tercero respecto del cual ellos son comparados. A partir de algún valor, función o sentido jurídico pueden igualarse cosas y situaciones que, aún sin resultar idénticas, poseen cierta semejanza en virtud de una coincidencia que se muestra normativamente esencial para el caso. Por eso, el enunciado del tipo se hace normativo a través de la interpretación -se otorga significado jurídico al texto- que identifica el sentido de la “ley”. De forma similar sucede con el conflicto que pretende ser abarcado por la norma, ya que reclama en tanto hecho, una consideración de significado.

Así, en la tarea de aplicación de la norma al hecho, se progresa a través de un proceso analógico, ya que una vez identificado el elemento normativo esencial se busca verificar su presencia en la situación de conflicto juzgada. De esa manera, el presupuesto de hecho típico se “igualar” -o no- a la realidad del caso. Por eso, dentro de la multiplicidad casi impensable de posibilidades de comportamiento que imagina el legislador, el tipo representa un núcleo o ratio que las “igualar” a todas en un punto, a pesar de sus peculiaridades casi infinitas, permitiendo que se hable de la tipicidad del comportamiento.

Se entiende porque en el análisis jurídico penal, para Kaufmann, la situación de la vida debe ser normativamente calificada, lo que significa, puesta en relación con una norma, ajustada a ella. Esa igualación, se hace merced a la identificación del significado normativo fundamental. Por eso en la actividad jurídica, no se trabaja solo con conceptos abstractos sino con conceptos de sentido o funcionales, es decir analógicos, pues muestran algo comparativamente semejante[32].

Como se dijo, el tipo penal expresa la idea de una situación -abstracta- que pretende asumir futuras situaciones reales -concretas-. Por eso, al referirse a esa noción en Engisch, Vallet de Goytisolo explica que no se trata de una simple síntesis mental, sino que se encuentra estructurada fundamentalmente de realidad. De esa forma el tipo permite perceptibilidad, se trata del resultado de una cierta abstracción que tiene por base la percepción[33], sobre todo la que realiza el legislador en su relevamiento social.

En consecuencia, el proceso de aplicación no es nunca un calco de previsiones y realidad, sino la ponderación sobre la posible igualación de sentido jurídico entre uno y otro, es decir de consideración analógica. El resultado será pues, una identidad de sentido, no una identidad empírica. Esto no implica apartarse de la realidad sino comprensión de la misma. Schauer recuerda que el contexto determina el contenido del lenguaje, pues se focaliza en los resultados que el “drafters” tuvo en mente -intentional paradigm-, aunque el texto mismo va más allá de su intención psicológicamente considerada. En ese sentido, el lenguaje opera trascendiendo lo que literalmente el “speaker” expresaba a través del texto[34].

La idea de subsunción con la que se explicaba en la legalidad tradicional la labor judicial de aplicación de la ley al caso, modifica radicalmente su naturaleza[35]. Ya no se trata de subsumir hechos entendidos solo empíricamente bajo la descripción de un enunciado. Hoy se entiende que la letra de la ley es el soporte de un significado normativo -teleológico o final- que debe confrontarse con la realidad del conflicto estudiado, pero también interpretado él mismo, en su sentido jurídico. La subsunción de la que debe hablarse en nuestro tiempo, como operación a través de la cual se desenvuelve el respeto por la legalidad, se realiza mediante una aproximación de significados jurídicos, expresados por los comportamientos y las normas a estos referidos.

El propio Hart, desde su perspectiva positivista señala que en este punto, 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 siempre escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan por sí solos el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta[36]. Así cabe concluir que lo que se iguala a través de la subsunción es el significado jurídico del comportamiento, el hecho o el conflicto, con el significado normativo que expresa la ratio iuris del tipo penal.

Se trata entonces de un proceso complejo. En un primer nivel no se trabaja con inferencias lógicas sino a través de un proceso estructurado de inducción, abducción, deducción y analogía. Luego, determinado el sentido jurídico, se opera a través de un desenvolvimiento lógico -cuasi deductivo y silogístico-. De esa forma, se alcanzan certeza y adecuación como expresiones de coherencia, logicidad y racionalidad y se asegura la vinculación del juez a la ley -entendida en su expresión de significado y se realiza la legalidad de la decisión.

20. Por eso, desde el punto de vista de Kaufmann la subsunción también se vale de analogía, pues se pone en correspondencia el tipo y la situación vital, pero esto no es posible por simples silogismos, pues la norma y la situación no son iguales, una reposa en el plano del deber ser, la otra en el del ser. Para entrar en el silogismo deben ser igualadas. La subsunción es una adaptación, un poner en correspondencia, una asimilación. La situación de la vida debe ser normativamente calificada, puesta en relación con la norma. A su entender, quienes buscan diferenciar analogía de interpretación conforme al límite extremo de las palabras no hace más que ocultar que está trabajando con analogía.

Schüneman entiende por el contrario, que el llamado límite del tenor literal es una regla apta para evitar la analogía prohibida. A su criterio, los hechos que se encuentran dentro del núcleo conceptual de los términos de la ley deben ser, por eso, subsumidos por el juez; mientras que los que se encuentran fuera de esa zona son atípicos. Reconoce, de todos modos, que en la Filosofía del Derecho moderna, este límite del tenor literal es calificado en parte de inaceptable y, en parte, incluso, de absolutamente inexistente, lo que reúne a la teoría analítica del Derecho con la hermenéutica ontológica en una unanimidad singularmente extraordinaria.

En esa línea crítica, Kaufmann sostiene que al hablar del sentido posible de las palabras se reconoce ya la analogía, pues la interpretación comienza donde no hay univocidad. Se usa siempre en el terreno de la analogía. Por eso afirma que la prohibición de analogía busca “establecer límites en cierto modo seguros, al interior de la analogía”[37].

Desde un punto de vista diverso Hart concluye que el ámbito discrecional que deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y

suficientemente estrechas. 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 determinaría identificar la propia naturaleza del razonamiento jurídico[38].

## V. Hacia una nueva cultura judicial [\[arriba\]](#)

21. El recorrido efectuado hasta aquí, aunque breve y por necesidad arbitrario en alguna de las elecciones temáticas, pone sin embargo en evidencia que existe una “nueva cultura penal” que se expresa, en lo que aquí interesa, sobre todo en la instancia de aplicación de la norma. Una conclusión inmediata de lo visto ya había sido adelantada en su momento por Larenz: la idea de que el Derecho codificado pueda ser interpretado, practicado y desarrollado partiendo exclusivamente de él mismo, ya no es de recibo, pues el juez necesita con frecuencia, recurrir a bases extralegales de valoración[39].

Por eso, en nuestros días no extraña la apreciación de Naucke en cuanto a que la argumentación no está acabada con la ley, sino que únicamente comienza con ella; esto es, hay que conocer la ley pero se puede y se debe decidir racionalmente. El resultado jurídico penal no surge de la ley, sino conjuntamente de la ley y de la racionalidad de quien aplica derecho, a través de una interpretación objetiva[40].

Cuáles son esas bases extralegales, cuáles los presupuestos de esa racionalidad depende de dos grandes campos. El primero, emergente de los principios y valores constitucionales. Esta claro que en ésta transformación del modelo de Estado, el constitucionalismo se integra a la legalidad como componente material -de contenido- brindando legitimidad y validez a la ley penal. La naturaleza extralegal de esos principios amerita por si misma una discusión. Baste sin embargo con señalar que la legalidad ya no se confunde con una positividad meramente escrita. Lo puesto, esto es lo positivo, se reconoce también en su vigencia social y normativa, como emergencia del texto constitucional, pero sin confundirse con este. La jurisprudencia histórica de la Corte Suprema ha dado muestras numerosas de identificar derechos y principios que no son posibles de hallar en una lectura literal del texto, sino a través de una lectura jurídica. Justamente, la juridicidad de esos principios va más allá de la positividad literal y están en el centro del significado del modelo de Estado con el que la sociedad se configura.

Sin embargo, como ya ha advertido Donnini, si bien esa remisión a los principios es un recurso adecuado de legitimación de las decisiones, no es posible prescindir de la ponderación de los resultados o las consecuencias, tanto de la Política Criminal del legislador, cuanto del modo de interpretación y aplicación que los magistrados hacen de las leyes. El out put de ambos procesos debe ser apreciable, no como en las ciencias empíricas pero al menos a través de datos sociales que, aún difuminados, permitan establecer la racionalidad de esos mecanismos[41].

El otro campo de legitimación viene otorgado por la Ciencia penal. Ciertamente que el propio Donnini descrea de la eficacia explicativa actual de los grandes sistemas de teoría del delito, al menos en comparación con los principios. Sin embargo entiendo que no hay verdadera oposición entre ambos, pues esos principios están en el inicio de la argumentación dogmática. De hecho, una de las funciones “políticas” más importantes de la Ciencia penal es la de proveer de racionalidad a la interpretación de las normas vinculadas a la imputación de sanciones. Esa función de garantía limita el acaso, la arbitrariedad o el absurdo en las decisiones judiciales.

Por eso Bacigalupo explica, que en realidad las cadenas argumentativas de las que se valen los dogmáticos o los jueces no comienzan en la ley positiva, en su enunciado, sino en una serie de

axiomas que son el fundamento de esa legislación. Así, la primera fase del método no sería la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la dogmática penal, sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el derecho vigente. En la instancia jurisdiccional por lo tanto el juez está vinculado al orden jurídico, no solo al “legal” por eso no puede prescindir al momento de aplicar la ley de los “valores fundamentales” de aquél orden[42].

22. Más allá de la crisis de los grandes sistemas de la dogmática penal, lo cierto es que sin referencia a sus conceptos, criterios o reglas no parece factible evitar el acaso o las soluciones ad-hoc. El dicho que afirma que lo que puede ser adecuado en la teoría no sirve en la práctica, suele citarse para justificar una especie de abismo con el que se describe la supuesta distancia que existiría entre la Dogmática Penal y la práctica judicial, la de los tribunales.

Aceptar esta apreciación permite, por un lado, que la actividad jurisdiccional quede liberada de fundar en reglas, criterios o conceptos surgidos de la investigación teórica la legitimación de sus decisiones. Pero, por otro lado, esto también desvincula a la reflexión científico penal de la obligación de considerar sus implicancias prácticas, de valorar sus resultados en el mundo concreto de los conflictos; en definitiva, de ponderar la capacidad de rendimiento de sus aseveraciones o definiciones.

En su trabajo sobre “Dogmática penal afortunada y sin consecuencias” -Geglückte und Folgenlose Dogmatik- Burkhardt identifica en la Ciencia penal funciones de “tipo democrático” que hacen previsible, igualitaria y transparente la aplicación del poder punitivo. También reconoce funciones de control, que sostienen un sistema consistente y coherente, donde se destacan “funciones de descarga” es decir, aquellas que facilitan la aplicación del derecho a través de criterios reconocidos, formulas didácticas, propuestas de interpretación, y economía.

Cabe entonces reconocer que la Ciencia penal aporta aspectos técnicos o didácticos, que aumentan la capacidad explicativa a las resoluciones a través del desarrollo de reglas jurídicas y métodos de interpretación normativa. Por eso a la dogmática jurídico penal pertenecen, no solo la doctrina, sino también la jurisprudencia. En ese orden, proporcionalmente, tanto los jueces como los investigadores pertenecen a la comunidad científico-dogmática.

23. La remisión en la instancia de aplicación de la ley a principios constitucionales y criterios, reglas o conceptos dogmáticos no implica por si solo la “creación” de Derecho. Ciertamente la superación de la expresión literal del enunciado puede dar la idea, desde una perspectiva “naturalista” de que se está avanzando más allá de la permisividad de la legalidad. Sin embargo, la noción de creación de Derecho debe ser asumida en un sentido restringido. Solo habrá efectiva creación legal cuando el juez no encuentre en el enunciado la fuente de significación jurídica para alcanzar la interpretación decidida. Del enunciado integrado al orden jurídico emerge el sentido normativo y éste es obtenido a través de los métodos sistemáticos y teleológicos que dan consistencia a ese ordenamiento.

Cuando la aplicación no es justificable en términos científicos, es decir, remiten a la mera voluntad del juez, se habrá violado la legalidad penal, pues se habrá completado alguna “laguna legal” dentro del sistema punitivo. Si se recuerda que el Derecho penal es un orden incompleto o discontinuo de ilicitudes, es necesario siempre encontrar lagunas, incluso de tipo valorativo, es decir aquellas que requerirían de una norma de imputación de consecuencias penales según estándares vigentes de Política Criminal pero que, sin embargo, no ha sido completada por el legislador. Cuando esto acontece merced a la interpretación del juez, se ha provocado una analogía prohibida por el principio de legalidad, creando ilegítimamente derecho.

Por eso Hassemer frente al Derecho penal de nuestros días, aclara que en realidad, “la prohibición de analogía no es un límite fijo de la interpretación, ni un aseguramiento confiable de las posiciones jurídicas; es tan solo un argumento”. A su entender, la prohibición tradicional coloca la interpretación y la analogía en una determinada relación recíproca que hace inútiles los intentos de distinción entre una y otra, pues desde su mirada, toda interpretación es analogía. De esa forma., desaparece la posibilidad de poner un límite firme a la interpretación con la ayuda de aquella prohibición. En sentido fuerte, afirma Hassemer, el límite se lo pone el juez a si mismo, a través de su cultura jurídica[43], basada en la “organización y formación de la justicia penal”. Es esta la que en último término hace real el sentido de la prohibición y la comprensión de su significado para el Estado de Derecho. Por eso, la formación de la jurisprudencia debe concretarse a través de un sistema transparente y el acompañamiento crítico de la opinión pública.

Como se ve, desde aquel esfuerzo originario de Beccaria prohibiendo la interpretación de la ley por parte de los magistrados hasta nuestros días, la expresión de la legalidad penal ha sufrido una notable transformación de la mano de los cambios políticos, científicos y culturales. Sin embargo, el núcleo de significado esencial del principio de legalidad permanece inalterable, se trata de la oposición a la arbitrariedad, a la nuda voluntad de los magistrados, del mero decisionismo o de la irracionalidad. Desde esa perspectiva, la interpretación de las normas penales debe respetar la garantía de los ciudadanos de que los comportamientos prohibidos sean solo aquellos que la ley determina previamente de acuerdo con un proceso formal -legislativo- y de conformidad con ciertos contenidos, cuya expresión jurídica no puede ser ampliado arbitrariamente en la instancia de aplicación. Es decir, que el juez esta vinculado a la finalidad de la ley y no puede suplir con su voluntad la teleología

[1] Cfr. Jescheck, “Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil”, 3 ed., 1978, pág.106. Esteban Righi, “Derecho Penal”, Parte General, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, pág.75.

[2] Las consecuencias negativas de esta perspectiva fueron puestas en evidencia ya hace tiempo por pensadores ajenos a la tradición crítica de la ilustración como es el caso de Max Horkheimer y Theodor Adorno. Ambos coinciden en punto a que la idea de dominio que implicaba la reductio ad hominem propia de la Ilustración, derivó en la dominación - sujeción y explotación- del hombre mismo, eliminando todo sentido de trascendencia -no solo el mito-. Por eso afirman que “En el camino de la ciencia moderna los hombres renuncian al sentido”. Así expresan la paradoja de que la Ilustración haya creado sus propios mitos y resulte atrapada por estos. (Cfr. “Dialéctica de la Ilustración”, Trotta, Madrid, 1998, págs.61 y ss.)

[3] Sobre la noción de razón práctica de la tradición aristotélica, puede consultarse “Natural Law and Natural Rights” de John Finnis, Clarendon Law Series, Oxford, 1980, Cap.V. Es Habermas quien intenta a través de su concepto de razón comunicativa superar la crisis de la razón práctica y de la razón individualista o meramente subjetiva, intentando evitar la referencia a la teoría de los sistemas. Su objetivo, sin embargo, no parece logrado, en tanto la comunicación intersubjetiva y el consenso no pueden dejar de remitir a un mundo de la vida que, aunque planteado sin pretensiones normativas implica un límite a ese intercambio. Otro tanto sucede con sus referencias al marco del verdadero dialogo, pues sus exigencias son demostrativas de la necesidad de ciertos valores o principios que van más allá de los comunicacionales. Cfr. “Facticidad y validez”, Trotta, Barcelona, 1998, págs.63-72, 115 y ss.

[4] Cfr. Sergio Moccia, “La promessa non mantenuta”, Edizioni Scinetifiche Italiane, Napoli, 2000, págs.17, 23-25.

[5] Cfr., Robert Alexy, “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, pág.17.

[6] Cfr. Habermas, “Facticidad y Validez”, Trotta, Madrid, 1998, Cap.VI.

[7] Cfr. Wolfgang Naucke, “Derecho Penal”, Astrea, Buenos Aires,2006, pág.102.

[8] Así lo ha considerado Habermas al indicar que en la nueva visión de la legitimidad jurídico y política se exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no solo se revistan de la forma del derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legítimamente estatuido. Repárese, de todos modos, que los planteos de Habermas no remiten a una consideración clásica de razón práctica sino que elabora su perspectiva desde la denominada “razón comunicativa” cuyo contenido es relativo: “... no da ningún contenido determinado para la solución de tareas

prácticas...” (“Facticidad y Validez”, op. cit., págs.66, 92,94, 97, 133,138). En el campo propiamente penal, Naucke, siguiendo lo ya expresado en su tiempo por Jescheck, distingue entre un Estado Formal de Derecho y un Estado Material de Derecho. Op. cit. Pág.103

[9] Esto es resaltado por Lampe, al indicar que junto al principio formal de legalidad, debe sentarse en el Código penal, un concepto material del hecho punible, esto es, un principio material del injusto, que impone auto-obligaciones al legislador aunque, en definitiva, será en la instancia de aplicación donde el juez valiéndose de principios constitucionales y de criterios dogmáticos trabajara al menos con un concepto material de hecho punible con una función negativa, es decir, como instrumento limitador de la punibilidad. Cfr. Ernst-Joachim Lampe, “La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo”, Grijley, Perú, 2003, págs.332-33.

[10] Cfr. P. RICOEUR, “Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica”, Fondo de Cultura, México, 2001.

[11] Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, “Metodología de la determinación del Derecho”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, páginas 1215/1222.

[12] Arthur Kaufmann, “Analogía y Naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág.71. La traducción española de “Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus”, corresponde a Analogía y Naturaleza de la cosa de los años 20.

[13] H.Hart, “El concepto del Derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág.155

[14] A su entender, no puede asimilarse la “comprensión” de un lenguaje a su “interpretación”. La “interpretatio cessa in claris”, pues en “Clara non sunt interpretanda”. En consecuencia, la interpretación operativa es aquella que se realiza cuando “existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión”. De todos modos Wroblewski admite que la opción entre el sentido que denomina amplio y el de orden estricto de la interpretación depende de los fines de la investigación, pues en algunos casos resulta más útil la consideración amplia del término y en otros la estricta. Su opción, -solo se interpreta cuando hay dudas frente a un caso concreto-, tiene un componente pragmático, sobre todo al entender que la situación de claridad, aquella que no necesita interpretación, solo se obtiene en cada caso concreto, no en abstracto o de manera universal, considerando el texto en sí mismo, sin referencia al conflicto-. Larenz, sin embargo, distingue entre aproximación “reflexiva” e “irreflexiva” al texto. “La comprensión de expresiones lingüísticas sucede o bien de modo irreflexivo mediante el acceso inmediato al sentido de la expresión, o bien de modo reflexivo mediante el interpretar...Es “irreflexivo” porque al que oye y comprende no le será problemático el sentido del discurso, no es consciente de la posibilidad de diferentes interpretaciones”. Jerzy Wroblewski, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, Civitas, Madrid, 1985.

[15] Por eso señala Larenz que sería un error aceptar que los textos jurídicos sólo necesitan interpretación cuando aparecen especialmente “oscuros”, “poco claros” o “contradictorios”; más bien todos los textos jurídicos, en principio, son susceptibles de y necesitan interpretación. Su necesidad de interpretación sin embargo, no es un “defecto”, que pudiera definitivamente remediarse por medio de una redacción precisa en lo posible, sino que seguirá existiendo mientras las leyes, sentencias judiciales, autos, e incluso contratos, no hayan de ser redactados exclusivamente en un lenguaje simbolizado de signos. “Metodología de la Ciencia Jurídica”. Ariel, Barcelona, pág.192 y ss.

[16] .Op. cit. Pág.58. Desde una perspectiva diferente Hart entiende que “...las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar”. Op. cit.

[17] Cfr. H. Welzel “Estudios de Derecho Penal”. B de F. Montevideo.

[18] Cfr. Larenz, op. cit. Págs. 309 y 167, En buena medida, la concretización puede distinguirse de la consideración formalista de la subsunción o, al menos, asumirse como un momento diferente dentro de ese proceso de subsunción. En ese orden explica Larenz “...que el intérprete se orienta, por cierto, por el sentido inteligible de la norma; pero ésta adquiere su determinación última sólo por medio de la interpretación -dicho de otro modo: que la aplicación de la ley sólo es posible en un proceso continuado de “concretización”-. Asimismo hoy nadie puede ya prescindir de esta idea. Mientras que la subsunción bajo una norma, con la frecuencia con que ésta pueda ser repetida, siempre deja a ésta invariable, la “concretización” significa la adición de una ulterior determinación, una ampliación del contenido de sentido...” Interpretar” es un hacer mediador por el que el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático.. “Interpretar” un texto quiere decir, por tanto, decidirse por una entre muchas posibles interpretaciones...” -op.cit. págs. 192 y 193-.

[19] En ésta consideración se hace presente, una vez más, la discusión sobre la naturaleza de la interpretación. Esto es, si interpretar es un proceso de excepción al que se recurre solamente frente a dudas emergentes de la aplicación normativa al caso concreto o si, por el contrario, interpretar implica una actividad habitual de comprensión y atribución de significado a los enunciados legales. Desde la perspectiva aquí asumida, la aplicación del enunciado legal para constituirse en normativo requiere de una instancia interpretativa que incluye, en un inicio de la comprensión de los términos. A partir de esta situación la inmediatez de la operatividad del enunciado marcara situaciones de isomorfía o de complejidad que harán necesaria una labor de justificación de la decisión interpretativa que, en el primero de los supuestos no se advierte como imprescindible. (Cfr. Entre otros Enrique Zuleta Puceiro, “Interpretación de la ley”, editorial La Ley, Buenos Aires.

[20] Cfr. Hart, Op. cit. pág.158.

[21] Este dilema, dice Naucke, es decir, sujeción a la ley y libertad, aunque también libertad formada por la ley, se manifiesta desde el principio del estudio mediante cada actividad jurídico penal que aplica derecho y en definitiva remite a una teoría general del estado. Op. cit. Pág.100.

[22] Cfr. Bernd Schünemann “La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la constitución y la metodología jurídica” Agradezco al amigo y colega Eduardo Javier RIGGI por haberme facilitado su traducción de “Die

Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre”, publicado en el tomo I de la Festschrift für Ulrich Klug, Ed. Günther Colman, editorial Dr. Meter Deubner Verlag GmbH, Köln 1983, pp. 169-186. El autor es aún más terminante en su posición pues indica que “Bajo esta concepción, a la justicia le corresponde la tarea de garantizar, en el caso concreto, la observancia del modelo de comportamiento determinado obligatoriamente por el legislador, a través de un aparato de sanciones y ejecuciones....en este marco de referencia, cualquier creación judicial de la norma representa una usurpación de las competencias legislativas y, ...una supresión parcial de la división de poderes: El juez que formula las normas y que, además, decide en el caso concreto sobre la realización del tipo de la norma se convierte en el Moloc que devora la libertad, en una organización estatal que se encuentra regida por el principio de la división de poderes.

[23] “Metodología de la Ciencia Jurídica”. Ariel, Barcelona,.

[24] Hart explica de manera ilustrativa que la única chance de una actividad mecánica es la exclusión de la multiplicidad efectiva de las situaciones reales. Un mundo en definitiva, diverso al que efectivamente habitamos. “... Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica “mecánica”. Op. cit. Pág.160.

[25] Cfr. Larenz, op. cit. Págs.314 y ss y 330. Así, refiere que sólo los fines, valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre los que han tomado posición los participantes en el acto de legislación, pueden ser denominados “voluntad del legislador”, que se realiza mediante la ley. La interpretación ha de orientarse, en primer lugar, a ellos, pues sólo así puede garantizarse el papel preeminente de los órganos legislativos dentro del total proceso de creación y de concretización del Derecho.

[26] Cfr. Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales”, Hammurabi, Buenos Aires, págs.75 y ss.

[27] Por eso dice Kaufmann que la determinación de la correspondencia entre la situación de la vida y el supuesto legal constituye siempre una decisión teleológica. Ello porque siempre es decisivo el espíritu de la ley y jamás la mera letra. “Analogía y naturaleza de la cosa”, op. citada p´g.82.

[28] Cfr. Jakobs, “Derecho Penal”, Marcial Pons, Madrid.

[29] Cfr. “El concepto del derecho”, ya citado.

[30] Cfr. Urs Kindhäuser, “Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, Externado, Colombia, 1996.

[31] Cfr. Andrei Marmor, “Interpretation and legal Theory”, Oxford, Portland, Oregon, 2005. La interpretación asegura, es la imposición de un significado a un objeto de comunicación, donde se integra la atribución de intención a un “fictions speaker” que posee identidad y características determinadas, pág.24.

[32] Kaufmann, op. cit. pág.81.

[33] Cfr. Juan Vallet de Goytisolo, “Metodología de la determinación del Derecho”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, páginas 1215/1222.

[34] Cfr. Frederik Schauer, “Law and Language”, en su estudio sobre “An essay on Constitutional language” Schools, 10, Dartmouth, 1993, págs248/256

[35] Cfr. Arthur Kaufmann, “Das Verfahren der Rechtsgewinnung” -Rechtsgewinnung eine rationale Analyse”.C.H. Becksche, München 1999, págs.1,29 y 34.

[36] Hart, Op. cit. pág.158.

[37] Cfr. “Analogía...”, págs.40 y 1.

[38] Cfr. “El concepto...”, pág.159

[39] Cfr. Larenz, op. cit. Pág.149. Allí se refiere en particular al impacto causado en la ciencia jurídica luego del libro de Eser sobre los principios.

[40] Cfr. Naucke, op. cit. pág.96.

[41] Cfr. Massimo Donini, “Escenarios del Derecho Penal en Europa a principios del siglo XXI”, en “La Política Criminal en Europa”, Atelier, Barcelona, 2004, pág.55, bajo la dirección de Mir Puig y Corcoy Bidasolo.

[42] Cfr. Enrique Bacigalupo, “Principios constitucionales...”, ya citado, pág.117.

[43] Jakobs, por su parte, se remite a lo que denomina cultura de la interpretación, entendiéndolo por tal la seriedad del esfuerzo por excluir la arbitrariedad mediante la sujeción al sistema y por otorgar a las denominaciones de los elementos empleados por la ley un significado solo conforme a reglas susceptibles de generalización. “Tratado...” op. cit. Pág.104.