

Capítulo 5

Interpretación

§ 1. Introducción

- 211 De acuerdo con el principio de la legalidad, el derecho penal es, sobre todo, un derecho penal escrito. El legislador, previamente a la realización del acto, debe establecer las prohibiciones y las sanciones mediante normas legales. Estas normas están dirigidas a todos y, como consecuencia, deben ser lo suficientemente claras para que puedan ser obedecidas. El lenguaje utilizado en su redacción es el lenguaje del común de las personas, aun cuando a veces deba recurrirse a los diversos lenguajes técnicos, en particular al jurídico. De allí que, en la Ley del Organismo Judicial, se diga, en primer lugar, que "las normas se interpretarán conforme a su texto" (art. 10). El texto debe ser redactado en el idioma oficial, el español. En segundo lugar, se estatuye (art. 11) que las palabras deben ser entendidas en su "sentido propio" y, más precisamente, en "la acepción correspondiente" de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, "salvo que el legislador las haya definido expresamente". Lo mismo debe hacerse con las palabras técnicas, "a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto". Si la palabra no figura en el mencionado Diccionario, "se les dará la acepción usual en el país, lugar o región de que se trate".
- 212 Esta manera de concebir el uso del "idioma" supone que las palabras de la ley son clasificadas en tres grandes grupos: el mayoritario está constituido por las palabras pertenecientes al idioma oficial; el especializado, por las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, tecnología y en el arte. Todas estas palabras deben ser entendidas, en principio, de acuerdo a su "sentido propio". El tercer grupo está conformado por palabras, poco numerosas pero no menos importantes, que son usadas de un modo peculiar en una zona

determinada. Estas palabras pueden formar parte del lenguaje oficial pero deben ser entendidas según "su acepción usual".

- 213 El primer problema que se plantea es el de saber qué se entiende por "sentido propio" de las palabras. En un primer momento, se tiene la impresión de que se está admitiendo la idea que cada una de las palabras tiene un significado que por serle propio es inequívoco. Sin embargo, el hecho que se aluda, al mismo tiempo, a la "acepción correspondiente", permite comprender que se tiene en cuenta que, con frecuencia y según el Diccionario, las palabras poseen diversas significaciones. Entre éstas, debe escogerse la acepción que corresponda al mandato que el legislador ha buscado establecer en el texto legal. La dificultad consiste, muchas veces, en que no se sabe claramente cuál es la acepción con que se utilizó la palabra.
- 214 El segundo problema surge cuando se trata de fijar la "acepción usual". Si bien se trata, generalmente, de palabras pertenecientes al idioma oficial, también pueden ser palabras creadas y utilizadas en un sentido determinado a nivel nacional (país), regional o local. El legislador las utiliza en este sentido y, por tanto, deben ser comprendidas de esta manera. La dificultad consiste en determinar si el legislador ha empleado una palabra del idioma oficial en la acepción peculiar que las personas le han atribuido en el "uso" cotidiano.
- 215 La idea del sentido propio de las palabras que implicaría reconocer que las normas son, generalmente, transparentes, se ve reforzada cuando, en la Ley del Organismo Judicial (art. 15), se habla de "los pasajes oscuros" de la ley. Los mismos que deben ser aclarados atendiendo a los criterios fijados en el art. 10 y siguiendo el orden allí establecido. La claridad de las normas se constataría, según esta disposición, en la medida en que sean comprendidas "conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales". Sólo si luego de proceder de esta manera, quedan "pasajes oscuros" es de recurrir (a) a la finalidad y al espíritu de la misma, (b) a la historia fidedigna de su institución (c) a las disposiciones de otras leyes sobre cosas o

situaciones análogas, (d) al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

- 216 Estas distinciones son bastante artificiales y no permiten comprender cabalmente en qué consiste la interpretación. Si permanecemos dentro del marco establecido por los criterios de la Ley del Organismo Judicial, podemos destacar algunas incongruencias. Así, cuando se comparan los criterios señalados, en primer lugar, para interpretar las normas en general y aquellos establecidos para esclarecer los pasajes oscuros que permanecen aún después del primer esfuerzo hecho para comprender la norma. ¿El "contexto" de la norma no comprende acaso "las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas"? ¿la "finalidad" de la norma no está estrechamente vinculada a lo establecido en las "disposiciones constitucionales"? ¿Es de comprender que los orígenes de la norma, la idea de equidad y los principios generales del derecho no deben tomarse en cuenta sino cuando se trata de un pasaje obscuro" de la norma ? Del mismo modo, cabe preguntarse ¿qué debe entenderse por "espíritu" de la norma, teniendo en cuenta que ya se menciona la finalidad de la misma. Será la equidad, los principios generales del derecho, las disposiciones constitucionales?
- 217 Para tratar de explicar esta problemática debe procederse a analizar los diversos aspectos de la denominada interpretación. Existe casi unanimidad respecto a que el punto de partida es el lenguaje (escrito), mediante el cual se prohíbe u ordena la realización de ciertos comportamientos. El lenguaje de las leyes, como todo lenguaje, es convencional y se caracteriza por su carácter abstracto y general. Las palabras que lo conforman no poseen significados intrínsecos relacionados directamente con las características de lo que se nombra (cosa, hecho, sentimientos, etc.).

§ 2. Noción

- 218 El término interpretación no es claro. Se le emplea para designar una serie de actividades o el resultado obtenido. Es en el primer sentido con el que se le emplea en la Ley del Organismo Judicial. En su art. 10, se dice "las normas se interpretarán" y luego se establecen las pautas que el intérprete debe seguir. De esta manera, se trata de regular el procedimiento que debe usarse para precisar el sentido del texto legal. Estas directivas se refieren a toda actividad de interpretar, aun la realizada para aplicar estas mismas disposiciones que tienen por objeto la interpretación.
- 219 Si se observa la manera cómo se ha tratado de definir la interpretación, se constata que la diversidad se debe a las diferentes perspectivas adoptadas por sus autores con respecto a ciertos aspectos particulares de la interpretación: por ejemplo, el objeto materia de la interpretación, los fines que se le atribuyen o los métodos a utilizar.
- 220 Como punto de partida, nos parece conveniente describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, atribuye un sentido a la disposición legal aplicable. Esta noción no concuerda, evidentemente, con la contenida en las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial. Un aspecto relevante es que en esta ley la tarea del intérprete aparece más como consistente en descubrir el sentido propio de las palabras de la ley. Dicho de otra manera, en determinar cuál de los sentidos, propios a las palabras, ha sido empleado por el legislador. La noción que adoptamos, por el contrario, parte de la negación de que las palabras tengan "un sentido" apropiado y que, por tanto, el intérprete atribuye al texto legal el sentido que, en base a las palabras de la ley y de criterios de valor impuestos por el ordenamiento jurídico, aparece como el más justo al caso concreto que debe ser juzgado. Es decir que "sólo en la interpretación se concreta y se realiza el sentido que se trata de comprender; pero,

este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto".

§ 3. Teorías

A. Teoría subjetiva

- 221 Esta concepción se basa en el criterio de que la ley es un acto de voluntad soberano que se impone al juez. Como miembro del Estado, éste no tendría sino la tarea de determinar dicha voluntad. De esta manera, precisa la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido. Por tanto, el fin de la interpretación consiste en determinar la voluntad real del legislador a la época de la elaboración de la ley, tal como los trabajos prelegislativos y legislativos pueden revelarla más allá del texto.
- 222 El mayor problema que enfrenta esta concepción es el de precisar quién debe ser considerado como legislador. Dificultad que está íntimamente vinculada con la individualización de la voluntad real que es de determinar como contenido de la ley. Si bien esta tarea se revela muy difícil cuando se trata de un legislador individual, resulta casi imposible cuando se trata de un legislador colegiado (Parlamento). La búsqueda de la voluntad real del legislador constituye un procedimiento que sirve, frecuentemente, para velar una realidad compleja y contradictoria. Esta búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando sólo se trata del sentido considerado, por el intérprete, como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando - para lograr su aceptación - la autoridad del legislador.
- 223 A pesar de estas dificultades y considerando la real importancia de los trabajos preparatorios, es de rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción. Dichos trabajos son fuentes útiles

para indagar lo que quisieron plasmar en el texto legal sus autores. Sin embargo, no es de exagerar su importancia.

B. Teoría objetiva

- 224 Los partidarios de esta concepción afirman, en primer lugar, que la ley, una vez promulgada, adquiere existencia autónoma. Por esto, niegan que su sentido permanezca inalterado respecto al que le dio el legislador real. Su sentido es más bien determinado a medida que se le aplica. Con este objeto se debe apreciar y adoptar el texto legal, en el marco de los cambios sociales, teniendo en cuenta su *ratio legis*. La ley va así adoptándose a las nuevas situaciones. La debilidad de los defensores de la teoría objetiva es la manera absoluta en que niegan el hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que éste no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad. Además, su admisión sin restricciones implica el peligro de que la adaptación constante de la ley a las necesidades de cada momento "sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados".

C. Cuestionamiento

- 225 La oposición radical entre las dos concepciones expuestas se basa en la separación artificial de la voluntad con que se estatuyó la norma y el mensaje que se quiso transmitir. La voluntad es un fenómeno del "mundo interno" del "legislador". Para conocerla hay que recurrir necesariamente a las palabras que constituyen el medio por el que se expresa el pensamiento. Por su parte, el mensaje comunicado no tiene un sentido objetivo independiente del medio por el que es manifestado. Comprender el mensaje no consiste en descubrirlo. Esta comprensión varía según los elementos tomados en cuenta: tanto aquellos presentes en el momento en que fue expresado como los existentes en el momento en que es comprendido. Voluntad y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de

una parte, la primera se concreta en la comunicación y, de otra parte, ésta expresa y hace conocer la intención.

- 226 Para mejor entender esta situación es preciso recordar que toda interpretación está precedida de una comprensión previa del texto (precomprensión), la misma que supone el conocimiento - entre otros factores - de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídicas y políticas que han condicionado el nacimiento" del texto en cuestión. Lo que permite poner en evidencia la manera como le parece que la idea del legislador se impone "según la situación concreta" en el que se trata de comprender la norma para su aplicación. En esta perspectiva, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por la situación del intérprete.
- 227 No existe, como consecuencia, perspectiva puramente subjetiva u objetiva. Si se quiere seguir oponiendo una interpretación subjetiva a otra de índole objetiva es indispensable cambiar de parámetros. Cuando el intérprete recurre sobre todo a las circunstancias relativas a la elaboración y promulgación (comunicación de la ley), la interpretación que practica tiene una orientación subjetiva. Por el contrario, su perspectiva es más bien objetiva cuando tiene en consideración esencialmente los elementos actuales.

§ 4. Procedimientos de interpretación

- 228 En derecho penal, todo método de interpretación es, en principio, admitido. Si es de hacer una distinción entre la interpretación en el derecho penal y en las demás ramas jurídicas, ésta se refiere sobre todo a los límites de la interpretación, no a sus métodos.

A. Método literal o gramatical

- 229 Frecuentemente y de manera simple, se afirma que este método consiste en la búsqueda del significado de los términos y del texto como un todo. Es el primer paso que, según el art. 10 de la Ley del Organismo Judicial, debe darse para interpretar las normas ("conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras"). Esta afirmación no pasa de ser la repetición de una evidencia. Su aspecto positivo consiste en reafirmar que el texto legal no puede ser dejado de lado y que sus palabras no deben ser desvirtuadas. Es decir, que deben ser comprendidas en el sentido que las personas, generalmente, les reconocen. Pero el análisis lingüístico también es percibido como la determinación del sentido natural de las palabras en tanto límite de la interpretación. En este segundo caso debe definirse, previamente, qué se comprende por sentido natural (o sentido propio).
- 230 En ambas hipótesis, se plantea, ante todo, el problema de saber si el elemento literal (enunciado que prescribe) constituye un demento independiente de los demás factores (histórico, sistemático y funcional) o si el elemento literal no es sino el resultado obtenido recurriendo a todos estos factores. Si esto último fuera cierto, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación.
- 231 De la manera como ha sido redactado el art. 10 de la Ley del Organismo Judicial, aparece que el "sentido propio de las palabras" debe ser considerado como el sentido de la expresión lingüística aislada de todo contexto. Este último es mencionado, en la misma disposición, como un segundo elemento conforme al cual se interpretarán las normas. La naturaleza del lenguaje, señalada precedentemente, excluye que el sentido del enunciado pueda ser establecido sin referencia al contexto en que es formulado o sólo considerando un supuesto sentido natural u ordinario. El significado pleno de un texto no sólo está expresado en el texto mismo. Todo enunciado, todo término no adquiere pleno significado sino en un contexto determinado.

- 232 A veces, se ha considerado que el sentido literal es el sentido comprendido *prima facie*. Esta idea ha sido utilizada para sostener que si el enunciado es claro no es necesario interpretarlo. La vaguedad congénita del lenguaje hace inadmisibile esta concepción. No hay pues texto que no requiera ser interpretado. El mismo hecho de decir que es claro "implica siempre una interpretación al menos implícita" y supone que ya ha sido comprendido en un sentido determinado, el mismo que ha sido reconocido como el "verdadero sentido" de la disposición. La interpretación no puede ser comprendida como la simple comprensión literal del texto, ya que toda comprensión literal implica una comprensión previa que debe ser confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación.
- 233 La idea del "texto claro" no sólo revela las insuficiencias del método gramatical, sino también los esfuerzos hechos para disimular estas insuficiencias. De esta manera, se busca ocultar "el ejercicio dogmático de un poder que tiende a ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control verdaderamente racional así como a toda discusión".
- 234 Todo lo dicho, no implica sin embargo negar la existencia de las reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que en tanto formulaciones lingüísticas constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial tanto en la determinación de los límites de la interpretación como también en la creación de problemas de interpretación.
- 235 Por último, en este dominio, se olvida con frecuencia que muchas veces (por ejemplo, en los casos de defectuosa redacción o de error material) la determinación del texto se efectúa mediante la interpretación. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que condiciona o limita la interpretación. Cuando estas diversas versiones difieren, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

B. Método sistemático

- 236 Según este método, la disposición legal es interpretada de acuerdo con el lugar que ocupa en el sistema legal y en relación con las otras normas legales. Dicho de otra manera, se trata de precisar el sentido de la ley tomando en consideración el contexto jurídico de la regla. El primer y fundamental problema que se presenta es, precisamente, la delimitación de este contexto jurídico que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a la norma en cuestión o ampliado a normas pertenecientes a otros dominios del derecho y aún a los principios generales. Esto es lo que, en buena cuenta, se ha hecho en la Ley del Organismo Judicial. En la medida, en que se entienda por "contexto" el jurídico. De acuerdo con la jerarquía normativa (art. 9), se mencionan (art. 10) las disposiciones constitucionales, el conjunto de la ley de la cual forma parte la norma que se interpreta, las disposiciones de otras leyes que regulen casos análogos (art. 10, letra c).
- 237 El punto de partida del análisis sistemático es la idea de que el sistema jurídico es un todo coherente. Sistema que comprende tanto la ley escrita y la costumbre como los principios y los valores que pueden ser deducidos de las mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis. Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales (art. 15 de la Ley del Organismo Judicial), el juez no puede "suspender, retardar ni denegar la administración de justicia". Es decir debe establecer la norma que le permita resolver el caso *sub iudice*. En este caso, se comporta como si el derecho fuera coherente, completo, carente de ambigüedades, justo y susceptible de conducir a una sola solución. Atribuyendo al legislador la solución que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Aun cuando luego deba poner en conocimiento de la Corte Suprema las insuficiencias encontradas para que, si es el caso, ejercite su iniciativa de ley.

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

C. Método histórico

- 239 Los que atribuyen a la interpretación un carácter subjetivo, no hacen sino privilegiar el método histórico. Es decir, tratan de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico). Las fuentes de información son todos los documentos escritos donde se encuentran datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios ...). En el art. 10, letra b, de la Ley del Organismo Judicial se estatuye que para esclarecer los pasajes oscuros de la ley se considerará "la historia fidedigna de su institución", de la manera como fue establecida.
- 240 Al respecto es de señalar que los trabajos preparatorios no informan de manera certera sobre la voluntad real del legislador. El recurso a las diferentes fuentes de información sobre la formación del texto legal pueden servir para esclarecer un texto oscuro, "como medio auxiliar de interpretación, pero son sobre todo utilizados para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro".
- 241 No es pues obligatorio para el juez tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en

esos trabajos. Los emplea tanto para mejor determinar el sentido aplicable al caso concreto como para ordenar correctamente los motivos justificantes de la decisión.

D. Método teleológico

- 242 A este método alude la Ley del Organismo Judicial cuando se refiere "a la finalidad y al espíritu" de la norma. Según este método, para determinar el sentido de una disposición, es indispensable esclarecer la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse razonablemente a la norma legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada por el orden jurídico.
- 243 Toda esta problemática está, en realidad, influenciada por la manera tanto de distinguir entre "finalidad" y "espíritu", como de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu. Así, se parte de la idea de "que una oposición puede existir entre la 'letra' y el 'espíritu' de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado". El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla.
- 244 El término espíritu en sí mismo es bastante ambiguo. La confusión aumenta porque se habla a veces de espíritu del legislador o de espíritu de la época en que la ley fue establecida o es aplicada.
- 245 El espíritu de la ley o el "sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión", es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma y resulta necesariamente de la interpretación. No puede ser concebido como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación.
- 246 Estas imprecisiones, que hacen dudar de una noción tan frecuentemente utilizada como la del "espíritu de la ley", ocultan, en buena cuenta, tanto los problemas relativos de manera general al

derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones como las cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas es de considerar, por ejemplo, la referente a la jerarquía de los denominados métodos de interpretación y la concerniente a los límites de la interpretación.

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

E. Jerarquía de los métodos

- 248 Si se hace referencia a las concepciones tradicionales de la interpretación (como es el caso de la Ley del Organismo Judicial) y a la presentación convencional de los métodos de interpretación, podría creerse que se está ante un procedimiento constituido en etapas herméticas cuyo recorrido conduciría lógica y seguramente a la fijación del verdadero sentido de la ley.
- 249 Sin embargo y como lo destacamos inicialmente, no es posible de distinguir, como se hace en el art. 10 de la Ley del Organismo Judicial, entre la interpretación general de las normas (practicada de acuerdo con las pautas establecidas en el primer párrafo de esa disposición) y la interpretación de los "pasajes oscuros" de la ley (la misma que se hará según los criterios enunciados en la última parte del art. 10). Tampoco es correcto establecer que, en cuanto a esta segunda interpretación, los criterios enumerados deben ser empleados en el orden determinado por el legislador ("atendiendo al orden siguiente"). Los diversos métodos no pueden ser ordenados según

una jerarquía establecida previa y rígidamente, ya que su aplicación depende de las circunstancias particulares del caso concreto. La prioridad reconocida a uno de los métodos en detrimento de los demás es el resultado de una decisión ideológica determinada. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador, dará la prioridad al método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es la de precisar el sentido objetivo de la regla privilegiará el método teleológico. Es el caso de la mayoría de los penalistas: a partir de la idea de que el derecho penal está orientado hacia la protección de bienes jurídicos, afirman que la interpretación propia del derecho penal es la interpretación teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares.

- 250 El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger entre los posibles sentidos del texto legal, el que le parece más conforme al caso a resolver. Este resultado no es el único "verdadero sentido de la ley", culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de las afirmaciones de los interesados en el sentido que se limitan a deducir el "verdadero sentido". Este no es "verdadero" sino en relación al contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

§ 5. Límites de la interpretación

A. Interpretación restrictiva o interpretación extensiva

- 251 En razón al resultado de la interpretación, se distingue entre interpretación restrictiva e interpretación extensiva. Sin embargo, esta distinción, se relaciona con problemas esenciales de la interpretación, a la manera como se define esta actividad y a la fijación de sus límites. Algunos la rechazan, afirmando que "la interpretación debe ser declarativa, es decir limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y todo su sentido, sin agregar ni recortar nada".

- 252 Si el fondo del problema concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el criterio utilizado para distinguir entre estas dos formas de interpretación no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se reflexiona sobre la manera tradicional como se ha practicado esta distinción. Así, se ha considerado que el límite a tener en cuenta es el texto legal. Cuando el intérprete no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto. Pero como lo hemos indicado anteriormente, el texto, punto de referencia escogido, no es un límite neto y seguro. El texto no es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser precisado y éste es precisamente el papel de la interpretación.
- 253 El reconocimiento de que el lenguaje es impreciso no permite, sin embargo, negar la realidad de la disposición legal. Ya que desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez - aun cuando aporta un elemento creador de derecho, está sometido a la ley como cualquier persona. Esto es, a pesar de que el texto sea impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede ignorar. De acuerdo con la peculiar manera de ser del lenguaje, se puede calificar de restrictiva la interpretación que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación; y extensiva, la que comprende además los casos situados en la zona marginal de la significación. De modo que el intérprete permanece ya sea en los límites del núcleo que permite identificar las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las "situaciones límites" mediante la determinación semántica necesaria (interpretación extensiva).
- 254 Como la decisión del intérprete no es completamente ajena al contexto, tanto jurídico como social, en el que determina el sentido de la norma, el problema consiste en saber cómo se concibe la interpretación y el papel que juega el intérprete. Si la interpretación no es considerada como un procedimiento rígido que culmina necesariamente en un resultado único (el verdadero sentido), es de

reconocer que el intérprete dispone de un margen de libertad, dentro del cual puede inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos a invocar como la manera de presentarlos. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho.

- 255 Desde esta perspectiva, el intérprete precisa los alcances de la interpretación en la medida en que el legislador no logra hacerlo en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. Sin embargo, esto no significa que goce de una libertad absoluta. En primer lugar, los casos límites en que se presenta este dilema de manera aguda no constituyen la mayor parte de los casos. En segundo lugar, su decisión debe ser integrada siempre en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones que no pueden ser arbitrarias. Una cierta posibilidad de prever las decisiones judiciales es así asegurada. Como la experiencia enseña "debe existir, al menos en los hechos, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La 'dirección de la jurisprudencia' puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones".

B. La analogía en derecho penal

- 256 La determinación de la noción de interpretación extensiva es así mismo importante para establecer diferencias con la denominada libre búsqueda del derecho. Mediante este procedimiento se trata de completar lagunas de la ley a fin de regular situaciones para las que el derecho positivo no contiene ninguna norma aplicable. Según lo que hemos expuesto, se trataría de casos que no caen ni en el núcleo de significación del texto ni en el de la zona marginal. Dicho de otra

manera, son casos sin relación con el texto legal, punto de referencia y marco de toda interpretación

- 257 Sin embargo, es de tener en cuenta que toda disposición legal constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada. La aplicación de una disposición implica necesariamente que sea precisada en relación al caso *sub iudice*. Esto se efectúa más fácilmente en los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto, que en los comprendidos en la zona marginal. Estos últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. Como consecuencia la adecuación del hecho a la norma (tipo legal) no puede ser comprendido como la material correspondencia 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 sólo es de orden lógico o material. 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. Constituye uno de sus medios. Esto es particularmente evidente si se piensa en los casos de "interpretación extensiva". En esta óptica, se puede afirmar que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación.
- 258 El texto legal en sí no puede servir para distinguir la analogía de la interpretación (más precisamente de la interpretación extensiva). Tampoco puede serlo el procedimiento o el medio utilizado. Entre lo que se denomina interpretación (extensiva) y lo que se llama analogía 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 en que éste es utilizado para determinar - mediante el juicio de valor propio al razonamiento analógico - que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún el campo de la "interpretación". Por el contrario, se trata de

"analogía" si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace en base a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión.

- 259 A pesar de estas explicaciones, no se logra despejar la duda sobre los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía. Los criterios utilizados se basan en elementos metajurídicos o político - ideológicos y no en convincentes razones teóricas. Pero esto no significa que el intérprete (principalmente el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley, no está demás reiterarlo, no es simplemente una especie de proposición (de diversas soluciones) que el intérprete puede ignorar a su antojo. La aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios establecidos por la jurisprudencia.
- 260 Un ejemplo puede permitirnos ver mejor el problema. Matar dolosamente a una persona viva, según el art. 123, constituye un homicidio simple. Si la víctima se encuentra en estado comatoso profundo y el autor la priva de la vida vegetativa que le queda, se podría preguntar si su acto está o no comprendido por el art. 123. La noción de muerte clínica permite responder negativamente, pero se puede admitir que este caso está comprendido en la zona marginal del vocablo persona y, como consecuencia, de la disposición legal citada. Por el contrario, no se podría considerar la disolución arbitraria de una persona jurídica como un caso límite comprendido en esa zona marginal.
- 261 Frente a esta realidad, la prohibición de la analogía en derecho penal puede ser percibida de diferentes maneras. Si se trata aún de afirmar, en la perspectiva del positivismo formal, que el texto legal constituye el límite para separar la analogía de la interpretación, es de admitir que esta prohibición es una leyenda. En la doctrina, el criterio mayoritario considera que la prohibición de la analogía, en derecho penal, no puede ser respetado de manera absoluta. Por el contrario, si se acepta que la interpretación es un procedimiento condicionado por la comprensión y el conocimiento previos del intérprete, llevado a cabo

mediante los diversos medios entre los que figura la analogía, se debe reconocer la idea 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 extensión de la ley desfavorable al procesado, sin refugiarse en la cómoda afirmación de que se trata sólo de una interpretación. Obligación complementaria a aquella impuesta al legislador para que describa, en la ley, el acto incriminado de la manera más precisa y menos ambigua. En esta perspectiva el juez deberá tener, particularmente, en consideración los criterios de "subsidiariedad y de proporcionalidad que rigen la protección del orden social mediante el medio radical del derecho penal".

§ 6. Un problema de interpretación: la noción de delito político

- 262 El problema central de la Ley de Reconciliación es la definición de delito político. La amplitud de la impunidad dependerá de la interpretación extensiva o restrictiva que se dé a las disposiciones de la ley.
- 263 Delito político es una noción que puede comprenderse de diversas maneras. Una de las razones está constituida por las dificultades para definirlos mediante la técnica del "género próximo y la diferencia específica". El problema está, justamente, en determinar cuál es esta diferencia específica, elemento *sui generis* que transforma un acto típico y culpable en "delito político".
- 264 La noción de delito político es muy discutida. Por esto, en las leyes nacionales y los convenios internacionales se ha omitido definirlo. En los tratados referentes a la extradición o de manera más general, en los relativos a la colaboración internacional en materia penal, se constatan claramente dos orientaciones. La primera, en oposición a los criterios clásicos, concierne la restricción cada vez mayor de la prohibición de la extradición en caso de delitos políticos y conexos.

La segunda consiste en dejar en manos del país requerido, en razón a que la amnistía es una cuestión de soberanía, la decisión de calificar los hechos como políticos o no. Un ejemplo claro es la Convención europea sobre extradición. Esta Convención confiere una gran libertad para decidir cuando se trata de un delito político. El texto mismo dice expresamente que hay delito político si la infracción por la cual se pide la extradición, "es considerada por la Parte requerida como una infracción política o como un hecho conexo a una infracción de ese tipo".

- 265 Siguiendo los criterios predominantes en la doctrina, se puede afirmar esquemáticamente: Son delitos políticos puros las infracciones que atacan un bien jurídico de orden político (Estado, sus órganos, su funcionamiento ...). Por ejemplo, sedición, traición a la patria, alzamiento en armas, organización o reconstrucción de movimientos políticos prohibidos. Los delitos políticos relativos comprenden dos categorías: la primera, está constituida por los delitos que mediante un solo acto dañan tanto un bien jurídico de naturaleza política como un bien jurídico privado. Ejemplo, homicidio del jefe de Estado. Son delitos pluriofensivos. La segunda comprende dos subcategorías: de un lado, los delitos comunes que sirven para preparar o consumir un delito político. Entre ambos delitos debe existir una relación de prioridad lógica, causa a efecto o viceversa. Ejemplo, robo de armas para utilizarlas en la rebelión contra el Estado. De otro lado, los delitos comunes motivados por un fin político. Ejemplo, incendiar las plantaciones para provocar escasez y desestabilizar el régimen.
- 266 En la Ley de Reconciliación no se ha definido los delitos políticos utilizando la tradicional técnica del género próximo y la diferencia específica. La técnica legislativa utilizada es la de recurrir a ejemplos. No se dice qué es un delito político, sino qué comportamientos son delitos políticos.
- 267 En los arts. 2, 3 y 4, se percibe más claramente esta técnica: se señalan las condiciones que deben comprobarse y, al mismo tiempo, se indican exhaustivamente los delitos considerados mediante la citación de las disposiciones legales que los prevén. En el art. 5, la

técnica escogida es empleada de modo menos estricto: no se limitan expresamente los delitos comunes que entran en consideración y tampoco se define claramente la relación que une el delito común al delito político que estaban por cometer la víctima del delito común cometido por el funcionario o representante del Estado. En el art. 6, la descripción deviene más difusa respecto a la caracterización de los actos penales considerados políticos. No se habla de delitos sino de actos ejecutados o dejados de ejecutar, ordenados o realizados, actividades asumidas o disposiciones dictadas. Y sólo se señala en cuanto al móvil del agente que haya actuado para evitar riesgos mayores, así como para propiciar, celebrar, implementar ... y culminar las negociaciones y suscribir los acuerdos de paz. En el art. 7, se vuelve a utilizar la técnica de enumerar ciertos delitos comunes y sólo señala que se hayan cometido o se cometieran en el proceso de desmovilización de los rebeldes.

- 268 Una lectura rápida de la ley nos permite percibir que el legislador ha distinguido dos grandes grupos teniendo en cuenta la calidad personal de los autores y partícipes en los delitos comprendidos en la ley. De un lado, los rebeldes y, del otro, los funcionarios o representantes del Estado.
- 269 La manera como ha sido regulada la situación de estos dos grupos de personas no es la misma. En cuanto a los rebeldes se distinguen:
- 270 Primero, en el art. 2, los delitos políticos que son caracterizados sobre todo haciendo referencia al bien jurídico tutelado: la seguridad del Estado, el orden institucional, la administración pública, pero considerando sólo los taxativamente enumerados en dicho artículo. De esta manera, parecería que se trata de delitos políticos puros en la medida en que además del bien jurídico político, se tiene en cuenta, implícitamente, el móvil político, dado por su ejecución "en el enfrentamiento armado" que es un suceso político. La dificultad para admitir plenamente este criterio (es decir que se trata de delitos políticos puros) consiste en el hecho de que en la misma disposición, se consideran ciertos delitos previstos en la ley de armas y municiones (por ejemplo, la importación, fabricación, exportación,

posesión, transporte de armas y municiones). De la manera como estos delitos han sido tipificados se deduce que no constituyen necesariamente ataques contra bienes jurídicos políticos. De lo contrario, tendría que admitirse que el tráfico de armas cometido sin finalidad política y sólo con fin de lucro, es un delito político y que respecto a su autor debería plantearse si se le aplica o no el art. 2 de la ley de reconciliación.

- 271 Segundo, en los arts. 3 y 4, se regulan los delitos comunes conexos con los delitos políticos, los que son caracterizados por la conexión que de manera especial vincula el delito común (enumerados taxativamente en el art. 4). Dicha conexión debe ser, en su aspecto objetivo, directa, objetiva y causal. Lo que significa que física y temporalmente el delito común debe estar vinculado con uno de los delitos políticos mencionados en el art. 2. En su aspecto subjetivo, la vinculación debe ser intencional. Según el art. 3, estas notas son acumulativas como lo señala el uso de la conjunción "y". Lo que exige plantearse la conveniencia de interpretar extensivamente el art. 3 para poder comprender los delitos denominados políticos relativos, comprendiendo los complejos y conexos.
- 272 Tercero, en el art. 5, no se habla directamente de delitos políticos cometidos por las autoridades del Estado, miembros de sus instituciones, sino se dice textualmente que "se conceptúan también de naturaleza política" los delitos comprendidos en esta disposición. No se enumeran taxativamente los delitos de que se trata. Al referirse a "los delitos" se debe considerar todo delito, tanto contra el Estado como contra los bienes jurídicos privados.
- 273 Se establecen sin embargo dos límites a este ámbito aparentemente tan amplio. El primero es de orden subjetivo: la finalidad con la que el agente ha actuado. Esta finalidad es la de prevenir, impedir, perseguir o reprimir uno de los delitos enumerados en los arts. 2 y 4. Finalidad que supone una base fáctica consistente en la existencia de que la víctima del delito común cometido por el funcionario debe haber estado cometiendo, planeando, preparando o consumando un delito político o un delito común conexo a un delito político. Es, justamente,

la finalidad política la que va a colorear el delito común cometido por el funcionario de un matiz político, reafirmado por el hecho de que el agente actúa para defender al Estado y al orden público. Por esto, se conceptúan como políticos.

- 274 El segundo límite consiste en la exigencia de que la relación que acabamos de señalar, entre el delito cometido por el funcionario o representante del Estado y el delito político o común conexo, debe ser racional y objetiva. El criterio objetivo debe ser interpretado teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 3; como consecuencia, la relación debe ser directa, objetiva y causal.
- 275 El criterio racional, supone la proporcionalidad entre el delito cometido y la gravedad del delito político y del delito común. En el caso de la patrulla armada que sorprende a un rebelde colocando una bomba y que éste, en su huida, penetre en una casa y tome como rehenes a sus ocupantes, los miembros de la patrulla no pueden entrar a sangre y fuego, matando tanto al rebelde como a terceros inocentes. Respecto a éstos, el delito cometido no puede ser considerado como uno de los previstos en el art. 5.
- 276 Cuarto, en el art. 6, se dispone que "se consideran de naturaleza política" los actos ejecutados o dejados de ejecutar, ordenados o realizados, actitudes asumidas o disposiciones dictadas por dignatarios, funcionarios o autoridades del Estado. Sin embargo, no se señalan los delitos de que se trata. Tampoco se dice que deben haber sido cometidos "en enfrentamiento". La finalidad política es mencionada haciéndose referencia a "propiciar, celebrar, implementar, realizar y culminar las negociaciones y suscribir los acuerdos del proceso de paz firme y duradera ...".
- 277 Quinto, en el art. 7 se hace referencia a delitos políticos y delitos referentes a armas y explosivos, de acuerdo a lo previsto en la ley de reconciliación, pero que deben ser cometidos durante el periodo de la desmovilización de las fuerzas rebeldes. El fin político sería el de garantizar la inserción de los miembros de esas fuerzas, pues mientras ésta no se produce subsiste la subversión contra el Estado.