

Sobre la vinculación del juez penal a la ley (La “rigurosa aplicación de la ley” según el art. 2º del Código Penal) *

Enrique Bacigalupo **

I

El art. 2 del CP establece en su segundo párrafo que los Tribunales deben aplicar la ley en forma rigurosa. En una primera lectura de ello parece significar que el Tribunal debe aplicar la ley penal, aunque a su juicio el hecho no sea merecedor de pena y que, además, debe sancionar al autor en la forma establecida en la ley, aunque la pena resulte desproporcionada con “el grado de malicia y el daño causado por el delito”. El párrafo fué introducido en la reforma de 1850 y al parecer no se supo, en su momento, por qué razón. Pacheco dice en este sentido que “quizá lo inspiraron en aquella ocasión las acumulaciones de penas a que dió lugar el art. 76, ora sin motivo, ora con motivo”.¹ El art. 76 del Código de 1848 contenía una norma prácticamente idéntica a la actual del art. 69 del CP., es decir, una norma que establecía el principio de acumulación ilimitada de penas para el caso del concurso real, principio que no fue modificado hasta que, en el Código de 1870, se introdujo el límite del triplo de la pena más grave (art. 89, 2º), que todavía conserva el vigente del art. 70, 2º del CP.

II

Las razones que inspiraron la introducción de esta disposición tampoco resultan claras desde una perspectiva político-criminal, pero, no cabe duda que expresan una idea de cuál es la vinculación del Juez a la ley penal.

Por un lado se establece que los Jueces no pueden decidir sin un fundamento legal sobre la punibilidad o no de una conducta; por otro que deben aplicar la ley sin tomar en consideración el resultado de esta aplicación. La primera cuestión es, en principio, clara, si se la entiende desde el punto de vista de las competencias legislativas y judiciales, pues la aplicación del derecho es para los jueces obligatoria. La disposición es menos clara, sin embargo, si lo que quiere decir es que los jueces deben aplicar la ley de una manera literal, o, dicho en otras palabras, si el juez está vinculado por un texto legal que no puede interpretar o que solo puede interpretar en modo limitado.

Por otro lado el art. 2.2 del CP. establece que, en principio, los jueces no deberían considerar en sus decisiones si el resultado es justo en relación al caso concreto y, más específicamente, si la pena es o no proporcionada a la

* Este artículo fue publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° XVII, Consejo General del Poder Judicial, Ed. José Jiménez Villarejo, 1995, pág. 35.

** Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España.

1. El Código Penal, 2º ed. 1856, pág. 87.

“malicia” o daño causado. Ello es tanto como decir que las penas se deben aplicar sin considerar la gravedad del delito concreto, algo que choca con la exigencia de la justicia y proporcionalidad de las penas ya requerida por Montesquieu y Beccaría.

Una vinculación del juez a la ley como esta es, ante todo, explicable en el contexto de las concepciones constitucionales en las que surgió el art. 2º del CP en 1850. A este respecto parece que tiene menos importancia los acontecimientos políticos concretos que rodearon aquella reforma que las ideas jurídicas que, con cierta independencia de tales sucesos, estaban en la base de la estructuración del Estado. Dicho de otra manera, no importaba tanto que la reforma de 1850 haya sido consecuencia de impulsos políticos conservadores posteriores al “bienio liberal” que lo precedió, como que el pensamiento de la época sobre la división de poderes estaba apoyada todavía en los conceptos teóricos que fueron patrimonio de la ciencia jurídica de principios del siglo XIX.

La expresión más precisa de estas ideas es, probablemente, la que se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, que distinguió entre la aplicación de las leyes y la interpretación de las mismas, asignando la primera tarea a los tribunales (art. 242) y la segunda a las Cortes (art. 131, 1º). De esta manera la “aplicación” y la “interpretación” de la ley se convirtieron en el presupuesto objetivo de la división de poderes. En este marco se explica que el Supremo tribunal tuviera que “oir las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para que promueva la conveniente declaración en las Cortes” (art. 261, 10º).

Las constituciones de 1837 (art. 63), de 1845 (art. 66), de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 76) no volvieron a mencionar expresamente la distinción entre aplicación e interpretación de las leyes, pero, en todo caso, sólo reconocieron a los tribunales la facultad de *aplicar* las leyes. Ello es un síntoma claro de que en todas las leyes el constituyente no dejó de lado la contraposición entre aplicación e interpretación y de que, cuando se introdujo el segundo párrafo del art. 2º del CP., se pensaba que los tribunales sólo podrían aplicar la ley, aunque no interpretarla. Si se tiene en cuenta el trasfondo de ideas políticas que orientan la Constitución de 1845, se comprende fácilmente que el constituyente no trató de incrementar los poderes de los tribunales, sino de reducir los de las Cortes en favor del Rey y, por lo tanto, mal podría entenderse que el horizonte constitucional de 1850 permitía suponer una ampliación de las funciones del poder judicial respecto de la Constitución de Cádiz. Aunque la Constitución de 1845 haya atemperado la idea tradicional de una monarquía que concentraba el poder sin división del mismo,² sólo manifestó su propósito en la definición de las relaciones entre el Rey y las Cortes. El Poder Judicial, como tal, no parece haber entrado en consideración.

En consecuencia, el segundo párrafo del art. 2º del CP., se debe entender, en primer lugar, a partir de su contexto histórico-constitucional, como la expresión de la ideología jurídica dominante respecto de la función del juez en el siglo XVIII y principios de siglo XIX. Si esta concepción de los poderes del

2. Confr. Jorge de Esteban (ed.) *Las Constituciones de España*, 2a.ed. 1980, pág. 12.

Estado se ejemplifica a través de sus máximos teóricos, Montesquieu, se comprueba que, en realidad, el poder judicial no era un poder del Estado en sentido auténtico. Ciertamente, decía Montesquieu que “todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y del ejecutivo” y que “si se encuentra junto con el legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario: el juez sería el legislador. Si está junto al poder ejecutivo -agregaba- el juez podría tener la fuerza de un opresor”.³ Pero, también afirmaba pocas líneas más tarde que “el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no estando ligado ni a un cierto estado (se refiere a la nobleza, a los ciudadanos, etc) ni a una determinada profesión, se convierte, por así decirlo, en invisible y nulo.”⁴

Esta no es sino la consecuencia de que “los tribunales no deben estar constituidos en forma permanente” y de que “sus sentencias jamás deben ser otras cosa que un texto preciso de la ley; si fueran una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber precisamente cuáles son las obligaciones contraídas”.⁵

Este punto de vista tuvo una singular trascendencia en el ámbito del derecho penal europeo de aquel tiempo. “Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores”, decía Beccaria.⁶ Y completaba su idea con palabras tajantes: “Nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley” (...) “El espíritu de la ley sería el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una digestión fácil o malsana; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que transforman las apariencias de todo objeto en el ánimo fluctuante del hombre.”⁷ A su vez Feuerbach reiteró estos conceptos en 1804 al sostener que “el juez está vinculado a la palabra estricta y desnuda de la ley” (...) “su tarea no debe ser otra que la de comparar el caso dado con sus palabras y, condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras condena, y absolver, cuando ésta absuelve”.⁸ Consecuencia de este punto de vista era la *prohibición de la interpretación* que Feuerbach sostuvo.

Antes de la Constitución de Cádiz en España esta visión del problema no había tenido una acogida exenta de discusión.⁹ En lo sustancial, sin embargo, la prohibición de la interpretación fue admitida con todas sus consecuencias. Prueba de ello es que el antecedente más claro de la concepción de la Constitución de Cádiz de 1812, la obra de Lardizabal, en este punto sólo se distanció aparentemente

3. Montesquieu, *De l' esprit des lois*, 1748, ed. de la Librarie Garnier Frères, I, pág. 152.

4. *Ibidem*. pág.153.

5. *Ibidem*. pág.154.

6. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. IV, cit. según la edición de Gian Domenico Pisapia, 1973, pág.17.

7. *Ibidem* pág.18.

8. Kritik des Kleinschrodischen Entwurf zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur Pfalz Bayerischen Staaten, 1804, Cap.II20. Similar era el punto de vista de Filangeri, *La scienza della legislazione*. Opuscoli scelti, VI 1822, pág. 314 “conocimiento del hecho, aplicación literal de la ley: he allí a que se reducen los poderes del juez”.

9. Confr. Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, 1872, Cap. II, Nos.38/45, especialmente, nº39.

de Beccaría. Lardizabal afirmaba: “no creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marqués de Beccaria el axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley”,¹⁰ pero, agregaba que: “cuando la ley es oscura, cuando atendida las palabras, se duda prudentemente (...), “entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino ocurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene en nuestras leyes”.¹¹ Por lo tanto: “si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente”.¹² En tal caso, concluye la argumentación, el juez “usurparía los derechos de la soberanía”.¹³

El contexto histórico, constitucional y teórico jurídico que rodea el art. 2.2 C.P., traduce pues una posición judicial de facultades limitadas como consecuencia de una concepción de la división de poderes basada en la distinción entre interpretación y aplicación de la ley, en la que la interpretación del derecho se identifica evidentemente con su creación.

III

El carácter limitado de esta “*exclavitud del juez*”¹⁴ respecto del texto legal y sus palabras se traduce prácticamente en el sistema del art. 2.2 C.P. en una verdadera supervisión de la justicia penal por el Ejecutivo a través del indulto. Es decir, el Poder Judicial aplica la ley, pero el Ejecutivo “juzga” sobre la equidad y la utilidad de la aplicación concreta de la ley. Dicho de otra manera: el indulto aparece como una especie de “recurso” de equidad, que puede promover inclusive el Tribunal de la causa, ante el Ejecutivo. En efecto, excluida de las facultades judiciales la posibilidad de introducir en la aplicación de la ley consideraciones de justicia y proporcionalidad de la pena, esta materia queda en manos del Ejecutivo, ni siquiera del Parlamento. El art. 11 de la Ley del 18 de Junio de 1870 muestra con toda claridad que el Ejecutivo puede ejercer el derecho de gracia cuando existan razones de *justicia, equidad o utilidad pública*, a juicio del Tribunal sentenciador.¹⁵

Un sistema de relaciones entre el Poder Judicial y el Ejecutivo de estas características es dudosamente compatible con la idea central de la división de poderes en un Estado democrático. En el Estado moderno el indulto, por otra parte, no es una institución que goce de especial prestigio. Ya inicialmente se ha cuestionado qué poder del Estado debe ser competente para ejercer el derecho de gracia. En este sentido afirmaba Beccaría que “la clemencia es la virtud del legislador y no del ejecutor de las leyes, debe resplandecer en el Código, no en los juicios particulares”,¹⁶ con lo que implícitamente se afirmaba

10. Ibidem nº39.

11. Ibidem nº40.

12. Ibidem nº42.

13. Ibidem nº42.

14. Arthur Kaufmann, *Beitrag zur juristischen Hermeneutik*, 1984, pag.134

15. Sin embargo, las Constituciones desde 1812 no han sometido el derecho de gracia a ninguna condición.

16. Loc.cit.pag.74.

que la cuestión de la justicia y de la utilidad pública de las penas era una cuestión exclusiva del Parlamento. Pero, sin perjuicio de ello, en la época del Iluminismo, el derecho de gracia era visto como una contrapartida de las leyes penales bárbaras, que carecían de justificación en el Estado moderno y que tenían efectos disfuncionales para la prevención general.¹⁷

En resumen, el art. 2.2 C.P. es la expresión de un sistema limitado que vincula al juez a las palabras del texto de la ley, impidiéndole tomar en consideración la justicia o la proporcionalidad de la pena que resulte de su aplicación. Estas cuestiones quedan reservadas al Gobierno que mediante el derecho de gracia puede promover ante el Rey un indulto total o parcial de la pena.

Esta concepción es ajena al sistema constitucional vigente por varias razones. En primer lugar, porque la Constitución ha definido en su art. 1º el *orden jurídico* como algo más que un mero *orden legal*. El orden jurídico español no solo se compone de leyes, sino también de *valores superiores* (la justicia, la igualdad y el pluralismo político, del art. 1º, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, del art.10.1 CE). En la medida en la que a los jueces corresponde “la potestad jurisdiccional” juzgando y haciendo cumplir lo juzgado (art.117.3CE) y en la que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento (no solo de la ley), (art. 9,1 CE), es evidente que su misión consiste en realizar en sus juicios no solo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico. Carecería de todo apoyo en la Constitución una distribución de las competencias de tal naturaleza que los jueces solo pudieran aplicar el orden legal, mientras que los valores superiores estuvieran fuera de los objetivos que la Constitución atribuye al Poder Judicial. Básicamente, no se correspondería con la visión actual de esta cuestión: “La justicia de la decisión del caso -dice Larenz-¹⁸ es ciertamente un fin deseable de la actividad judicial”.

El Tribunal Constitucional ha establecido claramente que el ordenamiento jurídico no solo se compone de leyes en la STC 89/83, en la que dijo, a propósito de la figura del delito continuado, entonces no contenida en la ley, que “ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley”. El TC aclaró asimismo que, “la facultad de interpretar y aplicar la ley (...) corresponde a los tribunales de ese orden (art.117.3 CE)”. De esta manera queda claro que la distinción entre aplicación e interpretación de la ley que caracterizó a las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 ha sido entendida como ajena a la Constitución vigente.

Conceptos similares expresó el Tribunal Constitucional en la STC 75/84, sosteniendo expresamente que el objeto de su control constitucional en el caso era “la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de la ley

17. Confr. Beccaria, loc.cit. Cap.XX; Feuerbach, loc.citII, págs. 242 y ste.; Montesquieu, loc.cit. pág. 91.

18. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, (Studienausgabe), 1983, pág. 223

penal”.¹⁹ En particular, el TC consideró en esta sentencia la corrección de la interpretación teleológica realizada por los jueces a quibus.

Ambas sentencias son importantes en lo que concierne a las cuestiones aquí tratadas, toda vez que el Tribunal Constitucional ha reconocido en ellas que los jueces no solo deben interpretar y aplicar un texto legal, sino que además -aunque no lo dice expresamente- deben aplicar el derecho. Ello surge de estas sentencias sin lugar a dudas, pues en la STC 89/83 el TC admitió que una figura, proveniente de una construcción que sólo se podía justificar a partir de principios muy generales de derecho penal, era compatible con la aplicación de una ley que guardaba silencio sobre ella. A la inversa, en la STC 75/84 el TC consideró vulnerado el principio de legalidad a pesar de que en la sentencia anulada se habían aplicado literalmente los arts.339 LOPJ (entonces vigente) y el art. 6.4 del C.Civ. En suma: una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma.

La doctrina de estas sentencias ha sido recogida más tarde en el art. 5 LOPJ que impone a los jueces y tribunales “interpretar y aplicar” las leyes y los reglamentos según los *preceptos y principios* constitucionales.

La consecuencia lógica de todo lo anterior sería la derogación del art.2.2 CP., pues en verdad, contradice el sistema constitucional de división de poderes y reduce el orden jurídico penal a los textos legales en contra de lo que establece el art.1 de la Constitución. El juez no está vinculado solo a la ley y a la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución solo enuncia.

IV

En este marco institucional ¿qué puede significar todavía el art. 2.2 del CP?. Y en particular: ¿Cuándo es legítimo que un Tribunal se dirija al gobierno en los términos del art. 2.2 del CP?

1. Lo primero que necesitamos aclarar es que el art. 2.2 del CP. no puede ser entendido como una norma que impida aplicar *eximentes de responsabilidad no previstas expresamente en la ley*. Se trata de una cuestión ya debatida antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente²⁰ y que se desarrolló en el marco de la problemática de la analogía *in bonam partem*. Las opiniones se dividieron en favor y en contra de tal posibilidad. Aunque la discusión se llevó a cabo sólo sobre las posibles interpretaciones gramaticales del segundo párrafo del art. 2 del CP y del argumento a *contrario sensu*. En dicho nivel, sin embargo, la cuestión no tiene una respuesta única totalmente satisfactoria. Por ello la pregunta debe ser respondida a partir del significado dogmático del derecho

19. Sobre las SSTC 89/83 y 75/84, en lo que concierne a los casos allí resueltos, ver, críticamente: Bacigalupo en *Revista del Foro Canario*, 87/1993, págs. 11 y stes. (20 y stes.)

20. Confr. Antón Oneca, *Der. Penal* 2º ed. (editado por Hernández de Guijarro y Bneytes merino), 1986, pág. 123, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*. I, 1972, págs. 58 y stes.; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, pg I, 1984, pág. 206, con una completa información bibliográfica.

fundamental a la legalidad penal (art.25.1 CE). Desde esta perspectiva es indudable que los derechos fundamentales son derechos de los ciudadanos y en ningún caso, derechos de la sociedad o del Estado contra los ciudadanos, sea que se los conciba como *derechos previos* al Estado o como *derechos garantizados* por éste. En todo caso los derechos fundamentales son siempre un límite para el ejercicio del poder estatal, cuyo ejercicio el ciudadano *no debe justificar*; es el Estado, por el contrario, quien debe justificar su limitación.²¹ La analogía in bonam partem así como la creación de causas supralegales de exclusión de la punibilidad, basadas en principios generales del orden jurídico, por consiguiente, *no vulneran nunca el principio de legalidad*.

2. Resuelto este primer problema se presenta una segunda cuestión. ¿Qué significa “rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley”?

Si el Juez está vinculado al orden jurídico, y no solo al orden legal, la aplicación de la ley no puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico, particularmente de la Justicia. Sin embargo, esta información requiere ser precisada. El Juez no puede hacer justicia con total independencia de ley ni tampoco solo según su particular percepción de la misma. Por ejemplo: un juez que entienda que la reincidencia (art. 10.15 del CP), tal como está configurada en el texto de la ley, no es compatible con su percepción de la justicia, está, de todos modos, obligado a la aplicación de la agravante, aunque no deberá interpretar la agravante de reincidencia establecida en la ley sin tener en cuenta la mayor o menor justicia de los resultados de su interpretación. Por lo tanto, se trata de saber como pueden coexistir la obligación de aplicar la ley y la de tener en cuenta los valores fundamentales del orden jurídico.

La clave para la respuesta la proporciona la teoría de la interpretación de la ley. Hay un punto en el que en la actualidad existe una coincidencia generalizada: toda aplicación de la ley requiere un entendimiento de la misma y un entendimiento único del texto legal está prácticamente excluido en la mayoría de los casos decisivos. Autores de muy diversa orientación, como Kelsen y Larenz, permiten documentar esta información. El primero sostenía categóricamente que “la cuestión de cuál es la posibilidad correcta dentro del marco del derecho aplicable, no es en absoluto una cuestión del conocimiento del derecho positivo” (...) “Si se debe caracterizar no solo la interpretación de la ley por los tribunales o los órganos de la administración, sino, en general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación, es preciso señalar que en la aplicación del derecho por un órgano jurídico se entrelazan la interpretación, como conocimiento del derecho aplicable, con un acto de voluntad, en el que el órgano de aplicación del derecho debe elegir entre las distintas posibilidades puestas de manifiesto por la interpretación cognitiva”.²² Larenz, por su parte, pone de manifiesto ideas similares: “El que exige de los métodos de la jurisprudencia que conduzcan a resultados absolutamente seguros en todos los casos, similares en la prueba y el cálculo a los matemáticos, confunde la esencia del derecho y, al mismo tiempo, los límites que surgen

21. Confr. Pieroth/ Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 3º ed.1987, pág. 14 y stes.

22. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2º ed, 1960 (reimpresión de 1983), pág. 350/351 sin subrayados en el original

para toda la ciencia jurídica de la naturaleza de su objeto: certeza matemática no existe en las cuestiones jurídicas”,²³ lo que quiere decir que, por regla, no hay un entendimiento único del texto legal.

De aquí surge sin fricción alguna que la ambigüedad del lenguaje legal genera la posibilidad de diversos entendimientos y que éstos, a su vez, son consecuencia de la diversidad de métodos con los que es posible interpretar una ley. Consecuentemente: la “aplicación rigurosa de la ley” en el sentido del art.2.2 del CP. es ante todo un *problema de interpretación*, pues este artículo, como todos, admite diversos entendimientos: si el art. 2. del CP es una ley, su sentido dependerá de su interpretación literal, mientras también otros métodos interpretativos tengan legitimidad metodológica. *La aplicación rigurosa de la ley, por lo tanto, no puede ser hoy más que la interpretación de la ley basada en un método interpretativo reconocido*. Ello es consustancial en un sistema en que “la elección de las alternativas interpretativas es una parte de la teoría práctica del derecho”.²⁴ En suma: interpretar el art. 2.2 del CP. con método gramatical, eliminando su significación en el sistema jurídico vigente, no es más que una posibilidad. Toda ley, por lo tanto, entendida y aplicada según un método interpretativo reconocido habra sido aplicada rigurosamente. *El art. 2.2. CP, no puede escapar de la interpretación de su propio texto*.

Se podría pensar que al exigir que el método interpretativo sea *reconocido*, se impiden que surjan nuevos modos de interpretar las leyes. Aquí no es posible desarrollar esta cuestión, pero es factible aclarar que no es éste el sentido que se quiere acordar a la tesis sostenida. Que el método sea reconocido no quiere decir que sea dominante, sino que tenga la posibilidad de ser objeto de consenso científico y que no sea una creación “ad hoc” para el caso que el juez tiene que resolver.

V

Admitido que el segundo párrafo del CP no es una norma excluida de la interpretación, sino *necesitada de interpretación*, como todas, y que los jueces están sujetos a la Constitución y al *resto del orden jurídico* (art. 9.1° C.E.), se plantea una nueva cuestión. ¿Qué significa que el Juez está vinculado no sólo a las leyes sino a los valores superiores del orden jurídico? Partiendo del modelo de un Juez cuya función le impide (aparentemente) valorar, esta tarea parece directamente incumplible. Una concepción formalista de la función de juzgar, moldeada sobre todo por la influencia del positivismo jurídico menos evolucionado, no permite admitir que la aplicación de las leyes implique alguna clase de valoración, pues se pretende que esta tarea se agote en una mera subsunción formal. Sin embargo, este modelo de aplicación de la ley no responde a las concepciones actuales de la metodología del derecho y oculta una buena parte de la realidad.

La necesidad de valoración por parte del juez en el momento de la aplicación de la ley ha sido reconocida ante todo como una *operación impuesta por las leyes mismas*. ¿Cómo podría el Juez determinar, sin valorar, la capacidad de

23. Ueber die unentbehrlichkeit der jurisprudentz als Wissenschaft, 1966, pág. 15.

24. Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, pág. 96.

culpabilidad, o la evitabilidad del error, o la acusada brutalidad de las lesiones o la cantidad de notoria importancia en el art. 344 del CP etc.? En todos estos casos, como en muchos otros, la dificultad consiste en que ninguno de estos elementos *legales* se dan “en el mismo modo directo que los objetos de una percepción sensorial”.²⁵ En estos casos es legítimo preguntarse “¿Cómo puede el juez fundamentar su juicio de valor?”²⁶ La respuesta no ofrece dudas: “Aquí solo será de significación, que el Juez no depende solo de su propia visión valorativa, sino que aplique los criterios valorativos elaborados y considerados por la comunidad, cuyo derecho el Juez aplica como órgano”.²⁷

Pero, el desarrollo moderno de la hermenéutica va más lejos todavía, pues ha permitido comprobar que los canones interpretativos tradicionales no pueden garantizar una completa exclusión de *preconceptos* que, en principio, también se deberían excluir de la aplicación de la ley según el punto de vista recién expuesto por Larenz. La ciencia moderna del derecho, por el contrario, no ha podido permanecer al margen de un desarrollo filosófico basado en la “metáfora del texto”,²⁸ precisamente porque la ciencia jurídica es, en su punto de partida, una ciencia estrechamente vinculada a la comprensión de textos.

En la medida que la comprensión del texto legal por el interprete se da no sólo como un comportamiento del sujeto que interpreta, sino que tiene lugar en todo el contexto existencial del mismo, es inseparable de su experiencia del mundo y puede ponerse en duda que algún método pueda modificar esta situación.²⁹

Los métodos clásicos de interpretación, por lo tanto, han sufrido en los últimos tiempos una importante transformación. Josef Esser pone la nueva problemática de manifiesto cuando afirma que “los esfuerzos por limitar el entendimiento del derecho (*Rechtsgewinnung*), también en el derecho constitucional, a la interpretación lógica histórica o sistemática de la ley y de disciplinarlo mediante éstos métodos, se enfrentan con las cuestiones justificadas de, por un lado, si ésto no es otra cosa que un desplazamiento hacia lo inconsciente o lo irreflexivo de las consideraciones excluidas, y, por otro lado, de si no es preferible la contrapuesta racional de disciplinar las consideraciones valorativas en sí mismas”.³⁰ Esser admite que el reconocimiento de esta situación suele provocar reservas, pues se piensa que de esta manera se abre a cada intérprete la posibilidad de presentar sus propias concepciones como una racionalización de determinadas ideas político-jurídicas. “Sin embargo -replica-, la transparencia y, con ella, la criticabilidad de tales actos valorativos es mayor cuando se los expone honestamente que cuando reemplaza su exposición por su ocultamiento o por giros dogmáticos de carácter

25. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pág. 217 y loc. cit. nota 18, pág. 166 y stes.

26. *Ibidem* pág. 218. Confr. también en sentido similar: Vallet de Goytisolo, *Metodología jurídica*, 1988, pág. 398 y stes.

27. *Ibidem*

28. Hans Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, pág. 36: “se trata de un paso hacia la filosofía, cuyo objeto no es ya el texto, sino en la que la metáfora del texto se extiende a todo el mundo”.

29. Confr. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4ª ed., 1975, pág. 250 y stes.

30. Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, pág. 36, confr. también Larenz, loc. cit. nota 18, pág. 302 y stes.

formal”.³¹ Y concluye: “el *monitum* de la actitud conservadora-normativa, según el cual el juez, que introduce sus propias valoraciones, necesariamente traiciona su función de aplicador del derecho, se apoya en la idea carente de realidad de que las normas pueden ser aplicadas sin una valoración adicional”.³²

Estas conclusiones son aceptadas incluso por un crítico de la filosofía hermenéutica *pura* como Hans Albert,³³ que concibe la ciencia del derecho, antes que como una ciencia normativa, como una disciplina “tecnológico-social”.³⁴ Sin embargo, esta tecnología social no elimina el elemento hermenéutico³⁵ ni tampoco “excluye los puntos de vista financieristas o valorativos que pueden ser introducidos en la discusión de problemas jurídicos (...), pero estos puntos de vista -por ejemplo las “exigencias de justicia” mencionadas por Neumann- tienen que ser explicitados y transpuestos en elementos operativos (*Leistungsmerkmale*) para el sistema tecnológico correspondiente”.³⁶ De esta manera se explica, según Albert que la interpretación sea *productiva*, en el sentido de poner en juego nuevas normas, “sin exponerse al reproche de superar los límites impuestos, dado que sus afirmaciones en este sentido tienen carácter cognitivo e hipotético y están al mismo tiempo sometidas a las habituales comprobaciones críticas de la idea regulativa de verdad”.³⁷

Todo esto demuestra que un concepto realista de la “*aplicación rigurosa de la ley*” nunca podrá excluir las consideraciones previas del Juez referentes a la justicia, el orden, el deber, el sentido de la ley, etc, pues inclusive el juez que quiera limitarse a un entendimiento literal de los textos legales hace ya una opción interpretativa que tiene implicaciones respecto de la justicia, del deber, etc. y *que no tiene su apoyo en la ley misma*. “Sin un preconceito sobre la necesidad del orden y la posibilidad de la solución, el lenguaje de la norma no puede expresar lo que se le pregunta, es decir, la solución correcta”.³⁸

Más aún, la propia interpretación gramatical literal tiene una técnica expresada en diversos cánones interpretativos que, indudablemente, operan también como preconceitos de la interpretación y que demuestran que no existe ningún método interpretativo que permita escapar a los preconceitos que orientan y definen la interpretación de un texto legal.³⁹

Por lo tanto: el concepto de “*aplicación rigurosa de la ley*” *no solo no excluye la interpretación de la ley, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del orden jurídico, sin la que la interpretación no sería posible*.⁴⁰

31. Ibidem, pág. 36.

32. Ibidem, pág. 36

33. Loc. cit. nota 27

34. Ibidem, págs. 185 y stes.

35. Ibidem, pág. 191

36. Ibidem, pág. 191.

37. Ibidem, pág. 189

38. Esser, loc. cit nota 29, pág. 137

39. Confr. Schleiermacher, *Hermeneutik un kritik*, 1838, ed. de M. Frank, 1977, pág. 101 y stes. donde se exponen los diferentes cánones clásicos de la interpretación gramatical.

40. Confr. en la doctrina española: Vallet de Goytisolo, nota 25, Bacigalupo, “I dogmi della dogmatica penale”, en *Dei Delitti e delli Pene*, N°2/1983, pág. 13 y stes; recientemente: Atienza, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 85/1995, págs. 5 y stes.

Esta conclusión demuestra que si la cuestión de si el juez en el caso se debe limitar a una interpretación que deje en manos del Ejecutivo una especie de corrección de equidad de su sentencia o si, por el contrario, debe extremar las posibilidades interpretativas para lograr una solución justa del caso concreto, depende básicamente de un determinado preconcepto sobre la división de poderes y, por lo tanto, de los límites de las facultades del Poder Judicial en un marco constitucional específico, lo que, a su vez, constituye un problema hermenéutico, que también se apoyará en otros preconceptos necesarios para la interpretación de la Constitución.

VI

Todo lo dicho tiene consecuencias prácticas relevantes para la función del Juez penal.

1. Al art. 2.2. del CP le queda, a la luz de nuestras conclusiones, un margen mínimo de aplicación, pues el juez solo debe hacer uso de estas facultades cuando *ningún* método interpretativo de la ley le permita llegar a una solución compatible con los valores superiores del ordenamiento jurídico.⁴¹ En este sentido, el Tribunal o el Juez se podrán dirigir al Poder Ejecutivo (en realidad actualmente se podrían dirigir al legislativo) promoviendo la *desincriminación de una conducta*. En estos casos se tratará siempre de una discrepancia frente a la idea básica de la política criminal legal, dado que cuando el Tribunal no discrepe respecto de la protección penal del bien jurídico, prácticamente siempre dispondrá de los poderes interpretativos para *reducir teleológicamente* el alcance de la ley a los casos en los que se evidencie el contenido criminal que justifique la aplicación de la ley penal. Ejemplo de esta situación sería el caso de un Tribunal que pensara que el tráfico de ciertas drogas no debería ser punible. En tal supuesto cabría promover una reforma a la ley. Por el contrario, si el tribunal está de acuerdo con la punibilidad del hecho, pero cree que en el caso en concreto éste no tiene el contenido de ilicitud necesario para justificar la aplicación de una pena, debe elaborar los criterios interpretativos que permitan excluir la tipicidad, generalizándolos a todos los casos similares o análogos. En esta interpretación del contenido de ilicitud requerido por la ley, el tribunal debe tener en cuenta la gravedad de la pena amenazada: una pena muy grave requiere en todo caso un ilícito muy grave, pues la ley está sujeta internamente al principio de proporcionalidad, que es la consecuencia mínima surgida del valor superior de la justicia.

2. En segundo lugar, el texto del art. 2.2 del CP., el Tribunal se debe dirigir al Ejecutivo *cuando la pena fuere notablemente excesiva* atendiendo al grado de malicia y al daño causado por el delito. En este supuesto cabe pensar en casos en los que el autor hubiera obrado de una manera poco reprochable y la pena aplicable debería superar la proporcionalidad debida respecto de la

41. Confr. STS de 21-4-92 (rec. N°1514/88). Sin embargo, en los precedentes actuales del TS continúa el predominio del antiguo entendimiento del art. 2.2 del CP, sobre todo en relación a la cuestión de la aplicación de la agravante de la reincidencia (art.10, 15° CP) y a los efectos de la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

culpabilidad del hecho. En tales supuestos, sin embargo, el tribunal no debe renunciar a sus facultades para determinar la pena adecuada a la culpabilidad, pues ello es un presupuesto necesario de la vinculación del juez al orden jurídico y a su valor superior de justicia. Dicho con otras palabras: un tribunal sólo juzgará en el sentido del art. 117 CE. si se aplica una pena justa (o sea, adecuada a la culpabilidad por el hecho), por el contrario no lo hará cuando se limite y desplace la cuestión de la justicia a una decisión discrecional del Ejecutivo, como si no existiere el art. 9.1 CE que lo vincula al orden jurídico y a sus valores superiores. Si el tribunal entiende que el sistema del art. 61 del CP le impide, agotadas todas las posibilidades interpretativas, aplicar una pena justa, en el sentido antes expuesto, debe *plantear la cuestión de inconstitucionalidad* de este artículo y de todos cuantos se lo impidieran, pero en ningún caso remitir la cuestión a la discrecionalidad del Ejecutivo.⁴²

Consecuentemente, el supuesto de *pena notablemente excesiva* por inadecuación a la reprochabilidad (malicia y daño causado) ha quedado, en realidad, derogado tácitamente por la Constitución y su sistema de la división de poderes. Fuera de estos casos solo cabría pensar en supuestos en los que el legislador en abstracto no hubiera respetado la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena amenazada. Por ejemplo: una ley que estableciera una pena idéntica para la realización dolosa de un tipo de lesión y para la imprudente que solo produjera un peligro abstracto para el bien protegido. Pero, también, en este caso, antes de aplicar la ley el tribunal deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 35 y stes. LOTC), pues también el legislador está vinculado a los valores superiores del orden jurídico (art.9.1 CE).⁴³

El resultado de la investigación se puede resumir de la siguiente manera: los conflictos entre la ley penal y los valores superiores del orden jurídico constituyen una cuestión de constitucionalidad de la ley y no un problema que el Ejecutivo pueda resolver discrecionalmente mediante el uso del derecho de gracia. En tal contexto el art. 2.2. del CP es indudablemente una pieza extraña al sistema consuetudinario vigente y su pervivencia en el Código Penal puede tener por efecto, una inexplicable limitación de las funciones judiciales en favor de poderes del Ejecutivo en materias que no le son propias. A los jueces corresponde interpretar el art. 2.2 del CP. de tal manera que, si pervive en el derecho vigente, su contenido se adapte al sistema constitucional. Para ello existe la técnica de la *interpretación "conforme a la Constitución"*, que impone el art. 5.1 LOPJ.

42. Ver STC 65/86, en la que se establece que "las cuestiones relacionadas con la medida de la pena y la culpabilidad solo se podrían plantear (...) cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de la culpabilidad". En el mismo sentido: STC 150/91

43. Ver STC 65/86 referente a la diversidad de las penas conminadas a los delitos de los arts. 394 y 535 del CP después de la reforma de 1983 (L.O.3/83)