

DOGMÁTICA Y LEY PENAL

LIBRO HOMENAJE A ENRIQUE BACIGALUPO

SEPARATA

Jacobo López Barja de Quiroga
y José Miguel Zugaldía Espinar
(Coordinadores)

Prólogo de
Jesús Sánchez Lambás

**INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET**

**MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2004 BARCELONA**

PRINCIPIO DE LEGALIDAD E INTERPRETACIÓN: LA PROSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO

José HURTADO POZO

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Friburgo, Suiza

Siempre resulta difícil escoger el tema que será tratado en homenaje a un colega y amigo como Enrique BACIGALUPO. Sin embargo, en nuestro caso esta tarea ha sido facilitada por el hecho que nuestro homenajeado ha desarrollado una destacada labor como Magistrado del Tribunal Supremo de España. Así, he decidido presentar algunas reflexiones, partiendo de dos decisiones del Tribunal Federal suizo, sobre el principio de la legalidad y la interpretación. Tema no novedoso, salvo en la medida en que se presenta, brevemente, un aspecto de la interesante labor de los jueces supremos helvéticos.

I. INTRODUCCIÓN

En sus *Principios de Derecho Penal. Parte General*¹, BACIGALUPO analiza de manera sagaz la orientación y los alcances del art. 4.3 del Código Penal español. Uno de sus objetivos es presentar y superar la concepción que inspiró la redacción de esta disposición. Así, niega que los jueces deban limitarse a interpretar literalmente la ley y afirma que tanto la interpretación como la aplicación de la ley implican siempre una valoración. Sostener lo contrario, en su opinión, no «responde a las concepciones actuales de la metodología del derecho y oculta una buena parte de

¹ Enrique BACIGALUPO, *Principios generales de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, Akal, Iure, 1998.

la realidad»². Para comprender los alcances de estas afirmaciones, y a modo de introducción al tema de esta exposición, resulta conveniente describir brevemente los criterios tradicionales que sobreviven respecto a las relaciones entre el principio de la legalidad y la interpretación.

Del primero se deduce, por un lado, para el legislador, la obligación de que se establezca “expresamente” en la ley los actos incriminados y de fijar las penas correspondientes y, por otro, para el juez, la prohibición de reprimir un comportamiento que no esté previsto previamente en la ley como delito.

Con frecuencia, se señalan las consecuencias siguientes:

1. La ley es la única fuente del Derecho penal.
2. El juez no hace sino aplicar la ley.
3. El poder del legislador es así limitado.
4. Todos pueden saber lo que está permitido o prohibido.

Para ilustrar estas afirmaciones, de manera repetida se recuerda que, según MONTESQUIEU, el juez es sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley y que se prohibió la interpretación durante el período de la gran codificación europea. Así mismo, se condena con fuerza la admisión de la analogía por parte de los regímenes nazi y soviético.

Actualmente, es cierto que la mayoría de juristas no se manifiesta de manera tan rígida y expeditiva sobre el principio de legalidad. Sin embargo, a pesar del refinamiento y la sutileza de los planteamientos ahora predominantes, el esquema descrito inicialmente sobrevive agazapado en la mentalidad de los juristas con mayor intensidad de lo que se cree.

La interpretación es definida, con cierta frecuencia, como el hecho de indagar sobre el sentido de la ley, de deducir del texto legal su sentido, su espíritu³. Esta noción es precisada, en primer lugar, haciendo referencias a su finalidad, en función de los criterios ideológicos asumidos; por ejemplo, búsqueda de la voluntad histórica del legislador o del sentido de la ley (denominado a veces como voluntad de la ley) en el momento de su aplicación. Entre los criterios eclécticos propuestos, hay que señalar el de la “voluntad reconocible”. Según sus defensores, «el juez debe buscar a deducir de la ley el sentido que sus destinatarios pueden, razonablemente, atribuirle». Enseguida la interpretación es determinada por la indicación de los métodos de interpretación: gramatical, histórico, sistemático y teleológico⁴.

² ÍDEM, p. 69.

³ Philippe Cfr. GRAVEN, «Notes sur l'interprétation des lois pénales en Suisse», en J. F. PERRIN (ed.), *Les règles d'interprétation*, Fribourg, 1989, pp. 153 ss.; MENNICKEN, Axel, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Hamburg, Berlin y Zürich, 1970; Claudio LUZZATI, *La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 102 ss.

⁴ Ulrich SCHROTH, «Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion», en A. KAUFMANN, y W. HASSEMER (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, Heidelberg, Karlsruhe, 1977, p. 193.

La aplicación de la ley es descrita con la ayuda del silogismo judicial⁵ constituido por la ley, cuyo sentido es precisado mediante la interpretación (premisa mayor) y por la situación de hecho (premisa menor). La conclusión implica, por un lado, subsumir los hechos en el precepto (tipo legal) de la norma legal y, por otro, fijar las consecuencias jurídicas.

Las ideas generales sobre el Derecho y la función de los juristas, implícitas a esta manera de pensar, no son expuestas claramente ni discutidas abiertamente. Entre estas ideas, pueden señalarse, a título de ejemplo, las siguientes:

1. La ley contiene normalmente la respuesta a todo caso que se presente.
2. El juez sólo deduce esta respuesta del texto legal.
3. El resultado de la interpretación es el sentido verdadero, único.
4. La interpretación es un proceso lógico y de conocimiento.
5. El juez sólo crea Derecho cuando completa las lagunas *praeter legem*.

Las dos concepciones tradicionales que venimos de presentar esquemáticamente son complementarias. Ambas se originan en los criterios propios al positivismo formal y, en especial, en la idea de que el legislador ha previsto en la ley las respuestas a todos los problemas que puedan presentarse.

Desde esta perspectiva, la ley constituiría el límite claro del poder punitivo del Estado ejercido por los jueces, y cuya tarea sólo consistiría en buscar el único y verdadero sentido de la ley. El legislador, mediante la descripción exhaustiva y nítida de los comportamientos delictuosos, delimita los actos prohibidos de los permitidos. El principio de la legalidad enmarca, estrictamente, la función interpretativa de los jueces y, en consecuencia, fortalece la seguridad jurídica.

II. DECISIONES DEL TRIBUNAL FEDERAL SUIZO

El caso escogido constituye un cambio de orientación de la jurisprudencia ocurrido hace ya algunos años, pero cuyas consecuencias se han reflejado en una de las últimas reformas de la parte especial del Código Penal suizo. Las dos decisiones que presentaremos se refieren a la contravención denominada «provocación a tener contacto sexual por parte de profesionales de la prostitución» (*racolage à la débauche, Anlocken zur Unzucht*), prevista, en la época en que fueron dictadas, en el art. 206 del Código Penal. Como toda selección, la nuestra es también en parte arbitraria. Pero, para los fines que perseguimos, tiene dos ventajas: por un lado, la simplicidad relativa y, por otro, sus alcances moral, político y social.

En la primera decisión⁶, repitiendo los argumentos que habían sido regularmente aplicados al interpretar el art. 206, la Corte de Casación del Tribunal Federal se pronunció sobre una sentencia dictada por el Tribunal Cantonal de Zúrich en la que se declaraba inocente a la Sra. X. A ésta se le imputaba frecuentar todos

⁵ François Ost, «L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur», en VAN DE KERCHOVE (ed.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles, 1978, p. 112.

⁶ ATF 81 IV 107 SS./JdT, 1956 IV 57 ss.

los días, a partir de las 18 horas, un barrio de la ciudad de Zúrich al que acudían otras prostitutas, lugar en el que deambulaba o permanecía parada en la vereda hasta que un pasante, atraído por su vestimenta y manera de caminar, más o menos provocadoras, le hacía comprender que deseaba su compañía.

La cuestión consistía en saber si el comportamiento de la Sra. X era o no conforme con el tipo legal previsto en el art. 206. Según esta disposición, se reprimía al profesional de la prostitución que, públicamente, hubiera provocado una persona a practicar actos de orden sexual mediante pedidos insistentes o proposiciones deshonestas⁷.

Los jueces federales, después de resumir los argumentos del Ministerio Público, recurrente contra la sentencia cantonal, expusieron argumentos tanto de orden jurídico como axiológico.

En el plano jurídico, sostuvieron:

1. La locución «incitar una persona a la “provocación a tener contacto sexual” mediante actos o proposiciones deshonestas», empleada por el legislador en el art. 206, supone «*ein über das bewusste und gewollte gewerbsmässige öffentliche Anlocken zur Unzucht hinausgehendes Verhalten*»⁸. Esta disposición es, por tanto, sólo aplicable si, mediante su comportamiento en la vía pública, la prostituida favorece a sabiendas el comercio deshonesto.

2. Tal es el caso si ella permanece en un lugar que tiene la reputación de ser un barrio de prostitutas; si exhibe una vestimenta o devela sus intenciones mediante miradas circulares o insinuantes, idas y venidas o por cualquier otro medio.

3. Esas actitudes equivalen a proposiciones deshonestas, aun si no están dirigidas a una persona determinada. Al respecto, cualquier peatón es “una persona” en el sentido del art. 206.

4. Las proposiciones deshonestas resultan del hecho que la imputada tenía el hábito de permanecer parada o deambular en las calles de un barrio de prostitutas, vestida y caminando, mostrando su intención de prostituirse por dinero.

5. El Código Penal se inspira en este punto en los mismos principios que el Derecho de obligaciones, en el cual, por regla general, se asimila a una oferta el hecho de exponer la mercadería con la indicación de su precio, aun cuando la oferta no está dirigida a una persona determinada (art. 7, inc. 3, del Código de Obligaciones). El hecho de que esta disposición exija que se indique el precio no es obstáculo para que se le compare con el caso de la prostituta que no lo hace.

6. Lo esencial es que expone su cuerpo como un comerciante expone su mercadería para atraer a los clientes.

⁷ Precedente art. 206, «*Racolage: Le professionnel de la prostitution qui, publiquement, aura incité une personne à la débauche par des instances ou des propositions déshonnêtes sera puni des arrêts ou de l'amende*».

⁸ La versión oficiosa en francés de esta oración, según el *Journal de Tribunaux*, es: «*un comportement que n'implique pas nécessairement le racolage professionnel et public*». En español, podría traducirse diciendo «un comportamiento que va más allá de la provocación, consciente y voluntaria, a realizar actos sexuales».

7. Si la invitación debiera ser personal e individual, ella importaría a la persona objeto de la invitación y, por lo tanto, constituiría la infracción prevista en el art. 205⁹. De modo que el art. 206 sería superfluo.

En el plano axiológico, los jueces federales afirmaron lo siguiente:

1. Sería chocante reprimir a la prostituta que denigra el medio en que se desenvuelve y dejar impune a aquella que, de manera discreta, expone sus encantos y abandona la iniciativa al cliente.

2. La oferta que supone un acto concluyente aparece como más reprehensible en algunos aspectos, ya que está dirigida a un número indeterminado de personas y no sólo a un cliente determinado.

3. El art. 206 está dirigido, sobre todo, a proteger las buenas costumbres y combatir el escándalo público provocado por la prostituta que comercia con sus encantos de manera reconocible por todos.

4. Por último, mientras que la represión de la falta prevista en el art. 205 sólo puede tener lugar por querrela, la persecución es de oficio respecto al caso del art. 206, lo que muestra claramente que esta disposición protege intereses generales.

En la segunda decisión¹⁰ que nos interesa, los jueces federales se pronuncian sobre un comportamiento muy similar al de la Sra. X.; sin embargo, adoptan criterios diferentes a los de la primera decisión. Ante el Tribunal Federal fue atacada la sentencia condenatoria contra la Sra. Y por «provocación a tener contacto sexual» y confirmada por la Corte Suprema del Cantón de Berna. La condenada frecuentaba un barrio de prostitutas de la ciudad de Berna sin hacerse notar ni por su vestimenta ni por su manera de comportarse. El recurso de casación interpuesto por la Sra. Y fue resuelto en favor de su no represión. En su decisión, los jueces federales partieron de la hipótesis que el art. 206 está destinado a combatir sólo los excesos de la prostitución y que tiene como objetivo atacar la publicidad ultrajante dada a la prostitución. Además, analizaron detenidamente el texto legal. Sus argumentos fueron los siguientes:

1. Los términos «mediante demandas o proposiciones deshonestas» no han sido empleados por el legislador de manera inadvertida. Ellos suponen un comportamiento que no implica necesariamente la «provocación a tener contacto sexual» profesional y pública¹¹.

2. Mediante dichos términos se hace referencia sólo a la búsqueda activa de clientes, la incitación inoportuna a la «provocación a tener contacto sexual».

3. Por proposiciones deshonestas hay que comprender las llamadas, las solicitudes, los rozamientos, los gestos que incitan un tercero a la «provocación a tener contacto sexual».

⁹ Antiguo art. 205, «*Solicitations déshonnêtes: Celui qui, publiquement et dans un dessein contraire à la pudeur, aura importuné une personne qui n'y avait pas donné prétexte sera, sur plainte, puni des arrêts ou de l'amende*».

¹⁰ ATF 95 IV 131 SS./JdT, 1969 IV 148 ss.

¹¹ Éste es también el punto de partida de la primera decisión. Hemos citado el texto en alemán; cfr. nota 8.

4. La incitación supone un comportamiento activo, una oferta. Para incitar a una persona, aun de manera discreta, es necesario, al menos, manifestar su disponibilidad.

5. La oferta (*Antrag*) supone que el art. 206 no es asimilable a la oferta en sentido del Derecho privado (art. 3 ss. del Código de Obligaciones). Además, lo que es decisivo para aplicar el art. 206 no es que la oferta sea reconocible por un número más o menos grande de personas, sino que sea inoportuna.

6. La incitación discreta a la «provocación a tener contacto sexual» no es asimilable a las proposiciones deshonestas del art. 206.

7. Lo mismo sucede con el hecho de que una prostituida permanezca parada o deambule en un lugar considerado como un barrio de prostitutas, donde éstas esperan ser abordadas por clientes. Sólo importa la manera como ellas manifiestan sus intenciones venales.

III. COMENTARIOS

De la comparación de la manera según la cual los jueces federales han analizado los dos casos semejantes se percibe que no han seguido el mismo procedimiento. En la primera decisión, ellos estiman que la prostitución es un comercio, lo que les permite asimilar el comportamiento de la Sra. X al de un comerciante que expone sus mercaderías para incitar a las personas al consumo. Las proposiciones deshonestas resultan del deambular en un sitio frecuentado por prostitutas, la manera de mirar, la vestimenta, etc. Al respecto, retengamos dos puntos: los jueces federales, por un lado, no analizan los argumentos del Tribunal cantonal referentes a los trabajos preparatorios y al texto legal. Argumentos que permiten a los jueces cantonales no castigar a la acusada X y, por otro lado, dan a los criterios axiológicos una importancia decisiva.

En la segunda decisión, los jueces federales recurrieron, por el contrario, a los trabajos preparatorios y a la doctrina para demostrar que su interpretación era correcta, aun si no tuvieron en cuenta algunos criterios de valor; el cambio de jurisprudencia está basado, sobre todo, en el análisis del texto legal y en la voluntad del legislador expresada a través del texto. Dejaron así de lado los criterios axiológicos tomados en consideración de manera decisiva en la primera decisión.

Lo primero que hay que destacar es que, contrariamente a lo que se sostiene teóricamente, los jueces no han procedido estrictamente a aplicar los métodos de interpretación. En la primera decisión no se ha tenido como objeto decisivo el texto legal y tampoco los criterios que se expusieron durante los trabajos preparatorios de unificación del Derecho penal suizo. Sin embargo, esto no significa que hayan ignorado completamente el texto de la disposición y la posible voluntad del legislador histórico, sino que, teniéndolos implícitamente en cuenta, han dado la preeminencia al método teleológico, otorgando así un peso decisivo a los criterios valorativos.

Hay que señalar enseguida, la libertad con que perciben la “jerarquía” de los métodos de interpretación. El texto legal y los elementos obtenidos de las actas

de las comisiones redactoras de la ley han sido preferidos en la segunda decisión en detrimento de los criterios de valor. Pero esto significa que estos criterios no estén también presentes en esta decisión. Ellos son los que condicionan la manera en que son utilizados los métodos de interpretación y el peso que se les reconoce al determinar el sentido de la disposición legal.

Así mismo, hay que poner en evidencia que el razonamiento de los jueces federales oculta el hecho de que el recurso a los denominados métodos de interpretación sirve, más bien, para argumentar en favor de la solución que consideran más justa. La misma que implica el dar un sentido al texto legal de acuerdo con los criterios de valor que se adopten.

Por último, conviene señalar que, en los cambios de orientación de la jurisprudencia, sale a luz lo inconveniente que resulta hablar de un sentido verdadero o único, el mismo que debe ser descubierto por la interpretación aplicando de manera correcta los diversos métodos de interpretación.

IV. DERECHO Y LENGUAJE

Sin embargo, un comentario sobre los procedimientos utilizados por el Tribunal Federal, realizado en el sentido de la perspectiva tradicional y dirigida a determinar, sobre todo, la prioridad dada a uno u otro método de interpretación, no permite captar cabalmente la problemática en cuestión. Tampoco se lograría si estuviera orientado a determinar si los jueces lograron o no comprender el espíritu de la ley.

Por esto vamos a tratar de presentar, brevemente, el proceso tanto de aplicación como de interpretación de la ley. Desde nuestra perspectiva, la manera como los jueces han procedido en los dos casos citados no tiene en cuenta, de manera suficiente, los estudios efectuados en ámbitos extra-jurídicos, como los referentes al lenguaje, los fenómenos de comprensión y la argumentación.

Aunque sea una evidencia, hay que comenzar señalando que, en general, el Derecho es lenguaje y, en particular, el Derecho penal es sobre todo lenguaje escrito.

Ahora bien, el lenguaje es fruto de un proceso convencional y una de sus funciones esenciales es la de clasificar las cosas y los sucesos, así como de establecer relaciones entre ellos. El término “vehículo”, por ejemplo, designa un universo de cosas que poseen como especificidad un número limitado de elementos significativos. Detrás de este vocablo, que no es una definición de la cosa designada y la cual puede ser encontrada en un diccionario, no se encuentra un objeto concreto individual. Su connotación significativa es sólo delimitada en relación con el contexto en el cual es utilizado. Así, el lenguaje se caracteriza por su carácter abstracto y general¹².

¹² H. L. A. HART, *Le concept de droit* (traduit de l'anglais par M. van de Kerchove), Bruxelles, 1976, p. 159; cfr. LUZZATI, *La vaghezza*, p. 141; François OST, y M. VAN DE KERCHOVE, «Le jeu de l'interprétation en droit, contribution à l'étude de la clôture du langage juridique», *Archives de philosophie du droit*, núm. 27, 1982, pp. 397 ss.

Si bien estas características son consideradas muchas veces como defectos, ellas constituyen, en realidad, una ventaja importante.

La terminología jurídica y el lenguaje legal son necesariamente marcados por la especificidad del lenguaje común. El hecho de que se trate de una terminología o un lenguaje especializado no implica la pérdida de su carácter abstracto, general, convencional. Los tipos legales previstos en la ley y referentes, por ejemplo, al homicidio, violación sexual, hurto, no constituyen definiciones, descripciones completas de comportamientos incriminados y designados mediante estos *nomen juris*. Deben ser percibidos más bien como modelos de tipos abiertos. Cuando son elaborados, no se fijan verdaderos y nítidos límites, sino que se dan puntos de referencia que permiten comprender todos los casos que presentan rasgos similares a los del modelo (especie de esquema mínimo del comportamiento incriminado).

En este nivel de la elaboración de los tipos legales, el respeto al principio de la legalidad no produce una “petrificación” de los delitos, ya que la materia de base, el lenguaje, es de índole general, abstracta, flexible. Lo que permite, por tanto, la adecuación de los modelos a los cambios de la realidad.

V. LETRA Y ESPÍRITU DE LA LEY

Así, hemos vuelto al problema de la aplicación de la ley y, más exactamente, al problema de la interpretación, donde se confrontan, por un lado, el texto legal y, por otro, el espíritu de la ley. Según el art. 1 del Código Civil suizo, muy frecuentemente citado, se estaría en presencia de una alternativa: la interpretación consistiría en determinar si la letra o el espíritu¹³ de la disposición legal conciernen el asunto que los jueces conocen. Los jueces, aparentemente, van aún más lejos en la medida en que fijan los límites de la interpretación extensiva prohibiendo al juez basarse en elementos que la ley no contiene o alejarse de los que prevé de manera tal que el espíritu de la ley «no sea más respetado»¹⁴. El espíritu de la ley es así presentado como el límite de la interpretación.

De esta manera, el principio de la legalidad es indirectamente renovado en su contenido. No es considerado como limitado a la rigidez supuesta del texto legal, que, a pesar de los progresos hechos en el estudio del lenguaje, algunos continúan afirmando. Lo que es decisivo es la regla implícita al texto legal y deducida por el proceso interpretativo. El término «expresamente» contenido en el art. 1 del Código Penal no significa, entonces, “previsto negro sobre blanco”, sino “incontestablemente previsto” (*lege certa*) de manera explícita (*Tatbestand*) o implícita (*Auslegungstatbestand*)¹⁵. El Tribunal Federal no dice algo diferente cuando afirma «que el juez puede, sin violar [el principio de la legalidad], interpretar al texto de

¹³ Cfr. sobre el origen de la confrontación de estas dos nociones, LUZZATI, *Vaghezza*, p. 202.

¹⁴ Cfr. ATF 87 IV 118/JdT, 1962 IV 13; ATF 88 IV 93/JdT, 1962 IV 125; ATF 90 IV 88; ATF 103 IV 130.

¹⁵ GRAVEN, p. 158, nota 32; cfr. Jean-François PERRIN, «Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois», en Jean-François PERRIN (ed.), *Les règles d'interprétation*, Fribourg, 1989, p. 246.

manera aún extensiva, para deducir el verdadero sentido, aquel que es sólo conforme a la lógica interna y a la finalidad de la disposición legal»¹⁶.

Pero ¿qué es el espíritu? La referencia al espíritu, término empleado expresamente en la versión francesa del art. 1 del Código Civil, posee una connotación emotiva muy fuerte en relación con el uso que se le da en biología, filosofía, teología, etc. La letra o el texto sería el cuerpo o la materia de la ley; el espíritu, el alma, el pensamiento, la luz... y constituiría un parámetro útil como límite del poder estatal.

En doctrina, no se ha explicado directamente lo que es el espíritu de la ley¹⁷. Frecuentemente este término es utilizado como sinónimo de fin, de *ratio legis*¹⁸. Al respecto los autores mantienen opiniones contradictorias. La confusión crece debido a que se habla también del “espíritu del legislador” o del “espíritu de la época”. Simplificando bastante, se puede afirmar que el análisis efectuado por los juristas de habla francesa está condicionado por el hecho de que el texto en francés del art. 1 del Código Civil menciona «la letra o el espíritu», mientras que la versión en alemán se refiere a «*Wortsinn oder Auslegung*»; expresión que, traducida literalmente, significa «texto o interpretación». Los juristas suizos germánicos afirman, además, con mucha frecuencia, que es incorrecto hablar de *Geist, d'esprit de la loi*. Ellos se limitan a tratar el problema de la interpretación, del sentido (*Sinn, sens*) de la ley. Por el contrario, para los juristas francófonos, la primera parte del art. 1 del Código Civil significa que el juez debe recurrir a la interpretación cuando se trata de saber si la letra o el espíritu de una disposición legal conciernen al caso de especie. Sin embargo, su opinión provoca malentendidos en la medida en que el espíritu aparece siempre como un elemento diferenciado de la interpretación. Ya que si se admite que interpretación y espíritu son lo mismo, como resulta de comparar entre la versión en francés y en alemán del art. 1 del Código Civil, algunas opiniones de los juristas francófonos no son del todo comprensibles. Por ejemplo, afirmar que «la interpretación consiste a decir el derecho, en determinar si la letra y/o el espíritu de tal disposición legal se refiere al caso que conoce el juez»¹⁹, significaría sostener que «la interpretación consiste a determinar si la letra o la interpretación... se refieren...». Además, ¿cómo podría prohibirse al juez, como lo hace el Tribunal Federal, interpretar extensivamente los textos legales de manera que no respeten el espíritu de la ley, ya que por “espíritu” se debería comprender “interpretación de la ley”?

Este problema de terminología oculta, evidentemente, problemas esenciales relativos tanto al Derecho como a la actividad de los juristas y al alcance de su función. Detrás del debate técnico se encuentra una compleja confrontación ideológica que condiciona todo el proceso de interpretación y de aplicación de la ley.

¹⁶ ATF 103 IV 130.

¹⁷ Henri DESCHNEAUX, «Le titre préliminaire du Code civil», en *Traité de droit civil suisse*, t. II/1, Fribourg, 1969, p. 76.

¹⁸ TUOR, PETER y SCHNYDER, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10.^a ed., Zürich, 1986, p. 31. Estos autores hablan de «*latenter Inhalt des Gesetzes*».

¹⁹ GRAVEN, p. 153.

El contexto general en el que se produce el cambio de jurisprudencia respecto al derogado art. 206 se manifiesta en los comentarios a que dio lugar. Así, por ejemplo, el intercambio de opiniones entre SCHLATTER y ZIPKES, dos funcionarios judiciales del Cantón de Zürich. El primero comentó la decisión del Tribunal Federal en un artículo titulado «Prostitutas zuriquenses y Tribunal Federal»²⁰. En su opinión, el hecho de que los jueces federales consideren que el comportamiento de las prostitutas profesionales, consistente en exhibirse como tales en un lugar público y estar listas a indicar el precio de su comercio sexual sólo como una “oferta” y no como “proposición deshonesta”, significa garantizarles un gran libertinaje (*Narrenfreiheit*) e impedir que la Policía y la población importunada puedan controlar los abusos de la prostitución. Estima que los trabajos preparatorios de redacción del texto legal y la doctrina han sido utilizados sin espíritu crítico. En este sentido, después de señalar que los jueces federales han considerado a los lugares frecuentados por profesionales de la prostitución como simple hechos, pregunta si dichos sitios no son, al igual que los modernos *Auto-Shopping*, una forma óptima de propaganda comercial efectiva y pública. Al respecto, afirma que esos lugares de prostitución no son hechos naturales sino creados por quienes se prostituyen, en la medida en que los frecuentan y ofrecen sus servicios y, enseguida, agrega que es la creación de estos mercados lo que provoca el escándalo público. Partiendo de la idea que el art. 206 tiene la finalidad de proteger la moral pública (*öffentliche Sittlichkeit*), estima que no es una interpretación correcta la que se hace cuando se ignora uno de los principales objetivos de la ley. Además, afirma que el tratar el mercado como forma activa de propaganda y atracción se establece un límite razonable al tipo legal y, al mismo tiempo, se permite un tratamiento satisfactorio del problema por parte de la policía.

ZIPKES²¹ critica las opiniones de SCHLATTER. Para esto parte de la afirmación general de que tratar la prostitución recurriendo a la policía o a la represión penal contradice tanto las reconocidas finalidades de higiene social y las condiciones para crear una sociedad libre, como la finalidad del art. 206. Así, destaca que la imposición por la fuerza de criterios morales representa más un peligro que una ventaja para la libertad y la tolerancia de las tendencias diferentes de las personas. Además, recuerda que el Derecho penal sólo debe intervenir cuando un comportamiento implica un perjuicio para terceros y que éste, precisamente, no es el caso del ejercicio de la prostitución profesional. Refiriéndose a la experiencia acumulada desde 1955, fecha en que se dictó la primera decisión comentada, indica que se ha intensificado la explotación y el maltrato de las prostitutas. En cuanto al aspecto jurídico señala que la orientación del legislador era más bien de restringir la intervención penal a los casos de excitación manifiesta y pública a la práctica de relaciones sexuales por parte de prostitutas profesionales. En lugar del control de los abusos de la prostitución o la lucha contra el escándalo público provocado por la creación de un mercado sexual, ZIPKES sostiene que el fin del art. 206 es el reprimir el abuso

²⁰ E. SCHLATTER, «Zürichs Diemen und das Bundesgericht. Zum Tatbestand des art. 206 StGB», en *Zweizerische Juristen-Zeitung*, núm. 66, 1970, pp. 102 ss.

²¹ R. ZIPKES, «Zur Auslegung von art. 206 StGB», en *Zweizerische Juristen-Zeitung*, núm. 66, 1970, pp. 180 ss.

que representa el ofrecimiento de relaciones sexuales profesionales mediante propuestas inoportunas a un posible cliente. Concluye afirmando que bastan medidas policiales, en lugar de penales, para mantener la tranquilidad pública y alejar los lugares de prostitución de las zonas de vivienda común. Por lo tanto, espera, contrariamente a lo exigido por SCHLATTER, que el Tribunal federal no vuelva a los criterios que ha abandonado mediante el cambio de orientación de la jurisprudencia.

El cambio de orientación de los jueces federales en relación con el tratamiento de la prostitución se manifestó igualmente en otros ámbitos. Así, en 1975, el Tribunal federal dicta una decisión relativa a la garantía constitucional de la libertad de comercio y de industria conforme al art. 31 de la Constitución precedente. Según esta decisión, primero, la prohibición de ejercer la prostitución en la vía pública durante el día, establecida por el gobierno del Cantón de Ginebra, concierne exclusivamente la actividad profesional de las personas que se prostituyen y es desproporcionada. Segundo, en la medida que esta actividad no es punible conforme al art. 206 del Código Penal, las prostitutas se benefician, en principio, de protección constitucional (art. 31). Así mismo, indicaron que, por el contrario, la reglamentación adoptada por las autoridades del Cantón de Zúrich, estatuidas teniendo en cuenta las circunstancias locales particulares, parece ser suficientemente eficaz.

Desde esta perspectiva, ha tenido lugar la modificación²² de las disposiciones relativas a los delitos sexuales y, en particular, a la infracción prevista en el art. 206. Estas modificaciones han sido inspiradas por la corriente de ideas que, desde hace décadas, exigía que los criterios morales no sean determinantes en el momento de decidir cuáles comportamientos sexuales debían ser incriminados y qué penas debían ser impuestas a los responsables. La interpretación restrictiva del art. 206, en detrimento de la extensiva y moralizadora hasta entonces imperante, refleja dichas concepciones en la medida en que atribuye a esa disposición la finalidad de proteger a las personas del asedio, no buscado y tal vez no deseado, de las profesionales de la prostitución, en detrimento de la protección de la moral pública o de las buenas costumbres. Esta evolución culmina con la despenalización del comportamiento descrito en el art. 206 y la previsión de una contravención denominada «ejercicio ilícito de la prostitución». Según el nuevo art. 199, será reprimido con la pena de arresto o multa quien «viole las disposiciones cantonales que reglamentan los lugares, las horas y las maneras de ejercer la prostitución, así como las destinadas a combatir sus efectos secundarios y molestosos».

Un análisis completo de esta problemática sobrepasa claramente el objetivo y los límites de este breve trabajo. Nos interesan, más bien, los aspectos que son de aclarar para comprender mejor las relaciones entre el principio de legalidad y la interpretación.

²² Ley federal del 21 de junio de 1991, en vigor desde el 1 de octubre de 1992, Recueil officiel (RO), 1992, pp. 1670 ss.; cfr. Feuille Fédérale (FF), 1985, II, pp. 1021 ss.

VI. SILOGISMO JURÍDICO Y PRE-COMPREENSIÓN

Los comentarios precedentes conducen a cuestionar la explicación que se da sobre la aplicación del Derecho en la base del silogismo jurídico²³. Éste es definido como «la operación que permite aplicar a una situación dada la solución prevista en una regla jurídica». Esta operación supone, ciertamente, que la premisa mayor (regla jurídica) y la premisa menor (situación de hecho) constituyan elementos precisos. Mediante el silogismo, entonces, se describe el proceso de justificación de la decisión judicial (*Entscheidungsbegründen*). Pero ¿sobre cuál base se van a determinar los alcances de los datos previos (las premisas mayor y menor)? Ya que el silogismo no permite percibir el proceso de búsqueda de los factores que harán posible llegar a la conclusión (*Entscheidungsfindung*). La interpretación de la norma legal y la determinación de la situación de hecho preceden, en realidad, a la operación de subsumir («pensar un objeto individual como comprendido en un conjunto»).

Para precisar la premisa mayor (hipótesis legal) no basta con explicar o esclarecer la disposición legal concernida. Una explicación de esta índole supondría separar radicalmente la norma de los hechos. Sin embargo, cada vez que se plantea la cuestión del “contenido” de la disposición legal, se hace referencia, automáticamente, a uno o varios casos concretos. En cuanto a la precisión de la situación de hecho, o a la sistematización del conjunto de hechos al “estado natural”, éstas exigen siempre que se tome en cuenta el punto de vista normativo establecido en la ley. Una relación recíproca se establece, por tanto, entre la norma legal y la situación de hecho. Ésta, como premisa menor del silogismo jurídico, sólo existe gracias a la norma legal y ésta, premisa mayor de dicho silogismo, sólo es comprendida a través de la situación de hecho.

En un plano diferente hay que destacar, igualmente, que comprender la norma legal y los hechos supone una comprensión previa (*Vorurteil, préjugé*)²⁴, que condiciona todo el proceso de aplicación del Derecho. El juez, por ejemplo, por sus conocimientos y su experiencia posee siempre una idea o un juicio primarios sobre el caso que conoce. Se trata de un esquema, de una hipótesis que debe ser confirmada o, llegado el caso, rectificada o completada. El contenido de la primera apreciación (*Vorurteil*), sin embargo, no está fijado definitivamente y, sobre todo, no de manera necesaria aquel que será afirmado como el sentido de la norma legal. El “pre-juicio” (elemento previo a todo conocimiento) se halla en un nivel diferente de aquel en que se sitúa la culminación del proceso de comprensión. Esta relación puede ser concebida en la forma de un espiral, en oposición al círculo que, por la identidad de juicio previo con la solución, sería un círculo vicioso. Por último,

²³ OST, p. 112.

²⁴ Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode, les grandes lignes d'une herméneutique philosophique* (traduit de l'allemand par E. Sacre), Paris, 1976, pp. 250 ss., 307 ss.; Joseph ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2.^a ed., Frankfurt a. Main, 1972, pp. 136 ss.; Arthur KAUFMANN, «Rechtsphilosophie im Wandel: Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung», en *Festschrift für W. Gallas*, Berlin, New York, 1973, pp. 7 ss.

el compromiso del intérprete no está limitado al nivel de la “pre-comprensión”, sino que juega un papel más amplio, en la medida en que el proceso de aplicación del derecho tiene también tanto una dimensión intelectual y una dimensión de poder (acto de conocimiento y acto de poder). La interpretación, así, está necesariamente implicada en el resultado al que se llega ²⁵.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El papel creador del juez está implícito en todo el proceso de aplicación e interpretación del Derecho. Para comprender la adecuación de las disposiciones legales a los cambios de la realidad resulta superfluo recurrir a criterios metafísicos (por ejemplo, el espíritu de la ley, el fin, la *ratio*). Esta adaptación constituye, en realidad, el efecto inmediato de la dinámica de que la ley y los hechos se condicionan recíprocamente.

La aplicación del Derecho implica, además de un aspecto lógico, una dimensión de poder que comporta el compromiso personal del intérprete con todo su bagaje de conocimientos y criterios axiológicos. Este proceso no puede ser reducido únicamente a su aspecto lógico, ya que la determinación de los elementos del silogismo judicial —en especial, la hipótesis legal (premisa mayor)— no conduce necesariamente a un solo resultado, sino más bien al establecimiento de una pluralidad, más o menos variada, de “sentidos posibles de la disposición legal”. Esto depende de la estructura del tipo legal (pensado como tipo y no como definición o concepto), del carácter abstracto y general de la norma, de la naturaleza equívoca, vaga y polisémica del lenguaje, así como de la evolución constante de la realidad que se busca reglamentar.

El “verdadero sentido” o el “sentido justo” de la ley no puede ser justificado como la culminación de un procedimiento objetivo, neutro, llevado a cabo con la ayuda de métodos de interpretación. La prioridad de uno de los sentidos posibles es debida a las preferencias ideológicas del intérprete. Este factor permite mejor comprender, como lo hemos visto, el sentido del cambio de jurisprudencia presentado.

Estas preferencias no conducen, necesariamente, a decisiones arbitrarias. Esto se debe a que el intérprete, en particular el juez, debe argumentar convenientemente para justificar su selección. Ésta debe ser percibida por las personas como una solución justa y oportuna. Tal vez es en este nivel de la argumentación en donde se deben buscar los elementos que permitirán asegurar mejor los límites del poder del Estado.

La interpretación como tal es la misma en todos los ámbitos del Derecho. Sin embargo, es comprensible que los fines propios al Derecho penal y los medios de

²⁵ Winfried HASSEMER, «Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters an des Gesetz», en A. KAUFMANN, y W. HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, Karlsruhe, 1977, p. 271; Karl LARENZ, «Die Bindung des Richters an das Gesetz al hermeneutisches Problem», en *Festschrift für E. R. Huber*, Göttingen, 1973, p. 309.

coerción a los que recurre (restricción y privación de derechos fundamentales) marcan de manera decisiva la interpretación y la aplicación de la ley. El recurso a estos criterios y su análisis deben ser expuestos y discutidos de manera transparente tanto por el intérprete como por las personas concernidas por su trabajo. Se trata, precisamente, del objetivo del estudio de los métodos la argumentación, los mismos que no son siempre debidamente tomados en cuenta.