

PRINCIPIO DE LEGALIDAD E INTERPRETACION EN EL DERECHO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTERPRETAR EXTENSIVAMENTE LA LEY SUSTANTIVA

POR ALEXIS L. SIMAZ¹
Univ. Nacional de Mar del Plata

ABSTRACT

Casi todos los Estados modernos reconocen la vigencia del principio de legalidad penal, cuyos contenidos mínimos implican la exigencia de una ley previa, escrita, estricta y cierta. Tal afirmación no resulta en la actualidad para nada problemática. Dentro de las interpretaciones posibles que puede ofrecer un texto normativo (tipo penal) algunos sostienen que debe elegirse la más restrictiva posible, en tanto que otros piensan que no existe tal limitación, en la medida que no se colapse el tenor literal. El presente trabajo intentará demostrar el acierto de la segunda postura.

Almost every modern state recognizes the validity of the principle of legality, the minimal content of which requires the existence of a prior, written, strict, and precise law for criminal punishment. This claim is not currently controversial. However, while some theorists hold that among all possible interpretations a normative (criminal) text may offer, the most restrictive one should always be selected, others claim that no such limitation exists provided that literal meaning is preserved. This paper will attempt to demonstrate that the latter is the correct view.

Fast alle moderne Staaten erkennen die Gültigkeit des Gesetzlichkeitsprinzips und demzufolge das Erfordernis eines vorherigen, geschriebenen, strengeren und bestimmten Gesetz. Jedoch kann eine solche Aussage nicht völlig unproblematisch sein, sodass einige Verfasser meinen, dass die möglichst eingeschränkte Auslegung eines strafrechtlichen Tatbestandes immer ausgewählt werden soll, während andere denken, dass es keine solche Einschränkung gibt, solange der Gesetzeswortlaut es erlaubt. In diesem Beitrag wird der Treffer der zweiten Stellungnahme beweis werden.

Palabras Claves: legalidad, interpretación, restrictiva, extensiva, analogía

Keywords: legality , interpretation , restrictive , extensive , analogy

Stichworte: legalität , interpretation, restriktiv , umfangreich , Analogie

¹ Doctor en Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Mar del Plata. Docente regular del Departamento de Derecho Penal. Facultad de Derecho. UNMDP.

SUMARIO: 1. Ubicación histórica del principio de legalidad. Situación actual. 2. Definición y fundamentos del principio de legalidad. 3. Los contenidos o derivaciones del principio de legalidad. 3.1.) Preliminares; 3.2.) La prohibición de analogía; 3.3.) La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas; 4.) Conclusiones. 5.) Bibliografía utilizada.

1. UBICACION HISTORICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SITUACION ACTUAL

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

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

También menciona que en la Edad Media la doctrina de la supremacía del derecho se encontraba hondamente arraigada, a punto tal que se sostenía que poseía el mismo rango del Estado y que no necesitaba de éste para su

existencia, lo cual recién fue puesto a prueba con el nacimiento del Estado Moderno.

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

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

Sin embargo, nos advierte el autor que existe quizás una más profunda razón que explica ese aparente desprecio de la libertad individual y que atañe a la idea que se tenía de la relación del Estado con el ciudadano, en el sentido de que el ciudadano antiguo pertenecía al Estado con todo aquello

que poseía, sin necesidad de ley para saber de qué modo debía conducirse en la vida pública. Con cita de Carl Schmitt muestra que el Estado antiguo no reconocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera de acción privada con un derecho independiente frente a la comunidad política de su pueblo y Estado. Toda la vida espiritual del ciudadano antiguo estaba monopolizada por el Estado. Recién con la llegada del Cristianismo se destruyó esa concepción totalitaria, pues la religión dejó de ser patrimonio del Estado e incluso constituyó una fuerza que se oponía a sus avances, rompiéndose así la unidad hombre-ciudadano (Cabral, 1958:31).

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

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

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

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

b.) Las Capitulares de Carlomagno: salvo en los casos de delitos de lesa majestad, traición y algunos casos graves de homicidios y robos, en los que se imponían verdaderas penas, en los restantes supuestos de limitaban a fijar el precio de la composición, siendo también absolutamente extraño a esta concepción jurídica el principio de legalidad en el sentido actual;

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

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

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

Por otra parte, el autor explica que en Francia reinaban las costumbres locales en materia penal, a punto tal que, dada la falta de certeza, Carlos VII promulgó en el año 1453 una Ordenanza obligando a redactarlas por escrito. Similar situación se daba con los estatutos de las ciudades y comunas italianas, que estaban llenos de ejemplos de reenvío al derecho consuetudinario. En España, pese a la gran influencia de Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1256/65), en ella no se contemplaba el principio de legalidad, por lo que puede decirse que en la Europa Feudal las costumbres locales fueron una de las principales fuentes del derecho penal (cfr. en detalle Cabral, 1958:53/7).

Ya en la Edad Moderna Cabral (1958:59/64) menciona como hitos fundamentales: **i.) La Carolina** (*Constitutio Criminalis Carolina*, 1532), que reconocía como antecedente directo la *Constitutio Criminalis Bambergensi* de 1507, radicando su importancia en que con ella se asentó en forma definitiva el poder punitivo del Estado, aunque no implicó un adelanto en cuanto al reconocimiento del principio de legalidad ya que los arts. 104/5 admitían la aplicación analógica de la ley penal, y **b.) El derecho penal del**

Estado absoluto, que no reconoció el *nullum crimen sine lege*, constituyendo una prueba de ello el que el documento más importante de la monarquía absoluta (la Ordenanza Criminal de 1670) sólo contemplaba disposiciones penales dispersas o desordenadamente tratadas, siendo su contenido mayormente procesal. Incluso, existían alrededor de trece fuentes distintas de derecho penal, las que frecuentemente no estaban de acuerdo entre sí. Nos ilustra Cabral (1958:65/73) que el Renacimiento revela haber sido un arma de doble filo, porque a través de él se plasmó la concepción de la monarquía absoluta, pero también en él se comenzaron a abrir las ilimitadas posibilidades de actuación del individuo. A partir de allí no puede concebirse el Estado como omnipotente, pues ante todo está el individuo que voluntaria y originariamente se ha despojado de una parte de su libertad natural para contribuir a la formación del contrato social, pero conservando ciertos derechos naturales e inalienables, cuyo aseguramiento y respeto constituyen la finalidad del Estado. Nace así el Estado de Derecho, asentado sobre el respeto a las garantías fundamentales y la división de poderes, de lo cual deriva el señorío de la ley. El autor expresa que sólo puede considerarse legítimo señalar como origen de determinado principio jurídico aquel momento en el cual se lo ve actuar con la fuerza y el sentido de tal en un sistema dado de ideas y sólo la filosofía política del siglo XVIII satisface las condiciones propuestas con relación al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Anteriormente, el principio de legalidad no sólo no rigió, sino que aún en el hipotético caso de que alguien lo haya respetado, podía a continuación impunemente abandonarlo sin que ello resintiera el mecanismo de la organización social, pues se hallaban ausentes presupuestos culturales, jurídicos y políticos necesarios para su vigencia.

Por su parte, Jiménez de Asúa (1964:383/5), apoyándose en Schottländer, expresa que a pesar de su formulación latina el principio de legalidad no tiene origen romano, sino que surge con universalidad como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, aunque tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media, cuando el hombre aspiró a la seguridad. El tratadista piensa que aunque el principio pueda tener algún parentesco con el derecho romano, como el que Hall le atribuye, este respondería a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no se podría localizar allí su verdadero origen. Con cita de Vassalli arguye que en el derecho romano es necesario distinguir entre dos actividades del poder público: aquella que se manifiesta con penas propiamente dichas (*poenas*), que es la verdadera o propia actividad punitiva (*iurisdictio*); y la *coertio*, que se expresaba especialmente en *multae*, y que era una actividad de policía con fines fundamentalmente preventivos. Ya a comienzos del siglo II a.C. se estableció el procedimiento penal mediante las *quaestiones*, siendo instituidos los jurados junto al juez, y asignándoles competencia sobre figuras delictivas bien determinadas, sobre todo bajo el régimen de Sila

(*quaestiones perpetuae*), prohibiéndose la analogía e imponiéndose el *nullum crimen sine lege*. No obstante, y a pesar del aumento de las figuras delictivas desde la época de Sila hasta la de Augusto, el sistema de las *quaestiones* no bastaba dada su rigidez y el escaso número de las figuras tipificadas, por lo que con todos los hechos que quedaban fuera de ellas se recurría a la *coertio*, función que se desarrollaba *extra legem* y que implicaba fines represivos. Por otro lado, Augusto creó un nuevo procedimiento penal que tenía competencia en todos los delitos y jurisdicciones y sobre todos los súbitos del Imperio (consulo-senatorio) y, de esta forma, se podían imponer penas a actos no prohibidos en las leyes penales, e incluso el Senado las podía aumentar o disminuir a su arbitrio. Además de este tribunal consulo-senatorio, existía un tribunal extraordinario imperial que podía penar sin que la punibilidad estuviera prevista por la ley, creándose así una *nova cognitio, extra ordinem*, enteramente fuera del procedimiento ordinario y no vinculada a las leyes. Ya en época de Diocleciano el procedimiento ordinario de las *quaestiones* fue suprimido, acentuándose el poder de los Emperadores como verdaderos creadores del derecho. Concluye entonces Jiménez de Asúa que si se tiene en cuenta el completo desenvolvimiento del derecho romano, el procedimiento ordinario por *quaestiones* constituyó una ínfima parte de dicho desenvolvimiento, encontrándose en su mayor parte, no sólo permitida la interpretación extensiva sino también la analogía. Recién se reconoció expresamente el principio de legalidad en las Constituciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776).

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

Para Welzel (1997:23/4) tampoco es un principio que provenga del derecho romano, pues fue totalmente ajeno a la época imperial y al derecho de Justiniano. También fue desconocido por el derecho germánico, en el que se podía castigar conforme al derecho consuetudinario, lo cual rigió, asimismo, para la Magna Carta de 1215. Por otra parte, el ordenamiento penal judicial

de Carlos V ligó al juez, por principio, a la ley, pero permitió con ciertas reservas una punición extralegal. Sólo en la época de la Ilustración se impuso este principio en la lucha contra la arbitrariedad judicial y la autoridad.

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

Conforme a ello, el sustrato histórico del principio de legalidad recae sobre la teoría del contrato social, de lo que se infiere que el principio tiene más un origen político que jurídicopenal; y, a su vez, presupone una organización política basada en la división de poderes, en la cual la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo.

No obstante, existen excepciones actuales a la vigencia del principio, entre las que cabe mencionar al Código Penal Danés de 1930, en la medida en que permite la punición por analogía; la legislación rusa posterior a 1917 (y anterior a 1989), que lo abolió; la china, aunque el único órgano de aplicación es el Tribunal Supremo, y la ley complementaria alemana de 1935 (vigente hasta la caída del régimen nazi), que posibilitaba, junto a la punición legal, una extralegal de acuerdo al "*sano sentimiento del pueblo*".²

En nuestro derecho fue reconocido por el art. 1º (Cap. I) del Estatuto Provisional de 1815, y adquirió vigencia definitiva con la Constitución Nacional de 1853, que en su art. 18 dispone que: "*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*", el que es complementado por el art. 19 que dispone que: "*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".³ Tampoco se puede dejar de mencionar el art. 1 que establece para el gobierno de la Nación la forma representativa, republicana y federal. Sobre su fuente directa se discute si es la Constitución americana o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

² Véase en sentido amplio Porto (1952:29/33). Caso curioso nos depara la ley 14,034 (B.O. 30/7/1.951) que establece en su art. 1 que: "*Será reprimido con prisión de cinco a veinticinco años e inhabilitación especial absoluta y perpetua, el argentino que por cualquier medio propiciare la aplicación de sanciones políticas o económicas contra el Estado Argentino*", y que conserva su vigencia en la actualidad.

³ La Constitución española lo consagra de forma análoga en el art. 25.1. al establecer que: "*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*". Dicha disposición se complementa con el art. 9.3. que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales

El Código Penal argentino vigente no lo regula expresamente,⁴ quizás por resultar obvio, pero no sólo está consagrado implícitamente por los arts. 18/9 de la Constitución Nacional, sino también -a partir del año 1994 y por imperio del inc. 22 del art. 75 de la Carta Magna-, en los Tratados Internacionales que integran un mismo bloque de constitucionalidad.

Así lo reconocen y plasman expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos (Res. 217 A (III) de la Asamblea General de la Naciones Unidas del 10-12-48); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York, EEUU, 19-12-66, aprobado por la República Argentina según ley 23.313); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 22-11-69, aprobado por la República Argentina según ley 23.054).⁵

2. DEFINICION Y FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En la actualidad suele decirse que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho penal sino *del* Derecho penal, es decir, que todo ordenamiento jurídico debe disponer medios adecuados para la prevención del delito, y también para imponer límites al empleo de la potestad punitiva (*ius puniendi*), ello para que el individuo no quede a merced de una intervención excesiva o arbitraria del Estado (cfr. Roxin, 1997:137).

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

Si bien nuestro derecho interno consagra el principio de legalidad en el art. 18 de la Constitución Nacional, complementado por el de reserva en el artículo siguiente, si comparamos el texto constitucional con el alcance que la doctrina le suele otorgar al *nullum crimen sine lege* veremos que su formulación legal resulta un tanto estrecha.

⁴ El CP. español si lo hace en el artículos 1 a 4, como también el actual Anteproyecto de Código Penal para la Nación Argentina de 2012 (arts. 1.2.a. y 3)

⁵ También es regulado por el art. 7, I, 1 y 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4/11/1950; por el art. 99 del Convenio de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra del 12/8/1949, y por el art. 65 del Convenio de Ginebra del para la Protección de Personal Civil en Tiempos de Guerra del 12/8/49 y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (18/12/2000).

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

Según Jakobs (1997:79/80), en la actualidad se le asignan al principio diferentes funciones. Por un lado, se dice que se especifica al **principio de culpabilidad**, puesto que sólo cabe hablar de una "*decisión defectuosa consciente, o reprochablemente inconsciente*", cuando "*en el momento del hecho ya ha estado presente su punto orientador: la ley penal que especifica el tipo de injusto*". En ese sentido, se piensa que la culpabilidad presupone el conocimiento de la norma legal infringida o, al menos, su posibilidad, lo que requiere la previa incriminación legal del hecho (cfr. Bacigalupo, 1999a:47; Jakobs, 1997:81). Sin embargo, aclara Jakobs, no se puede explicar ni por qué la determinación ha de producirse legalmente, ni por qué tiene que abarcar la punibilidad y la medida de la pena.

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

Según Donna (2006:346) en la fundamentación del principio de legalidad confluyen el liberalismo político y la idea de división de poderes, a lo que podría agregarse, siguiendo a Roxin, la teoría de prevención general de Feuerbach.

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

políticamente la atribución exclusiva a la ley de la facultad de definir delitos y penas, sino también que esa definición sea previa a la imposición de la pena.

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

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

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

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

Se agrega a estos fundamentos la finalidad de **garantizar objetividad**, en el sentido de que la conducta punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de los hechos ocurridos, pero aún por juzgar, sino por anticipado y con validez general (Jakobs, 1997:82).

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

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

De esta forma, se concluye que la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, porque este principio tiene funciones de diverso orden, ya que por una parte, determina las condiciones de legitimidad constitucional de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal y, por otra, dichas exigencias resultan necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad (Cfr. Bacigalupo, 1999a:49).

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

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

3. LOS CONTENIDOS O DERIVACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

3.1. PRELIMINARES

Roxin (1997:137) es quizás el penalista que ha expuesto un desarrollo más acabado del principio de legalidad en la dogmática penal actual. Para él el principio de legalidad sirve para evitar la punición arbitraria y no calculable

sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva. Luego de explicar los postulados de "*No hay delito sin ley*" y "*No hay pena sin ley*" en el derecho alemán, pasa a tratar las cuatro consecuencias del principio de legalidad, a saber:

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

Estas consecuencias o contenidos del principio de legalidad se complementan con otros conceptos (como el de tipo penal y bien jurídico) y principios (como el de culpabilidad y proporcionalidad de las penas), los cuales operan en conjunto como límites al *ius puniendi*.⁶

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

3.2. LA PROHIBICION DE ANALOGIA

Para Roxin (1997:140) analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza; si la regla jurídica que se va a trasladar procede de un precepto concreto se la denomina *analogía legal*, mientras que si procede de varios preceptos se la llama *analogía jurídica*. En el campo penal ello está vedado en la medida en que opere en contra del imputado (*in malam partem*), pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley no está fijada o determinada legalmente la punibilidad. Agrega Roxin (1997:147 y ss.) que la prohibición de analogía plantea la tarea de tener que delimitar la interpretación de la ley que está permitida, de la creación del derecho que está prohibida. Dicha dificultad no fue advertida en la época del Iluminismo, pues los propulsores de este principio partían de la base de que el juez nada tiene que interpretar sino sólo aplicar el tenor literal de la ley. En la

⁶ La doctrina mayoritaria es concordante en atribuir estas cuatro consecuencias al principio de legalidad. Ver Bacigalupo (1997:75/83); Cobo del Rosal - Vives Antón (1996:66); Eser - Burkhardt (1995:51/2); Frías Caballero (et. al., 1992:31 y ss.); Jakobs (1997:88); Jescheck, (1993:119/26) y Welzel (1997:22/3), entre otros. Huerta Tocildo (1993:103) entiende que el principio o la exigencia de tipicidad es una derivación inmediata de la sumisión de la materia penal al imperio de la ley, traducido en un correlativo mandato de predeterminación normativa tanto de las conductas ilícitas como de sus correspondientes acciones. Tal observación es correcta y emana del en la Constitución Federal de nuestro art. 19, que como dijimos complementa el principio de legalidad penal del art. 18.

actualidad dicha concepción mecanicista ha sido abandonada, pues casi todos los conceptos que emplea la ley son potencialmente vagos. El legislador crea con el tenor literal de un precepto penal un marco de regulación que es rellenado y concretado por el juez, quien considera el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico, el contexto sistemático legal y el fin de la ley. Según esto último, la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva. Ahora bien, una interpretación al margen de dicho marco, es decir, que no esté cubierta por el sentido literal posible de una norma, constituye una analogía fundamentadora de la pena lo que es inadmisibile.

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

Por su parte, Bacigalupo (1999:75 y ss.) refiere que la ciencia del derecho penal ha supuesto que la prohibición de analogía no ofrecía dificultades para su realización práctica, ya que tomaba como punto de partida que los tipos penales contenían supuestos de hecho referidos a un número exacto de casos. En este esquema, la analogía significaba la decisión de un caso no contenido en la ley y, consecuentemente, la creación de derecho, lo que violaba el principio de división de poderes. Luego de analizar pormenorizadamente el tema, el autor concluye que la dogmática basada en el método teleológico, no puede prescindir de la analogía en sus operaciones interpretativas y las posibilidades de obtener una fórmula para establecer el límite máximo de la interpretación permitida son prácticamente nulas, agregando que si se toma conciencia de las carencias de las soluciones de que se dispone, sólo nos queda una vía: la exclusión de

toda interpretación extensiva del derecho penal. Dicha toma de posición - como el propio Bacigalupo lo expresa-, choca con la difundida opinión de la inaplicabilidad del principio *in dubio pro reo* en materia sustantiva. Sin embargo -aclara el autor-, estamos ante un conflicto entre más o menos libertad, otorgándole al límite de la interpretación el sentido más restringido del texto.

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

En el fondo, lo que se trasluce en la posición de Zaffaroni y, especialmente en la de Bacigalupo, es la opinión de Bobbio (1938:109), quien refería que en la interpretación analógica se extiende la norma misma, mientras que en la analogía se resuelve la formulación de una nueva norma, pero dicha diferenciación es superficial pues en ambos supuestos se da un caso no reglado por el derecho positivo. De este modo, para Bobbio no era posible distinguir dónde termina la interpretación extensiva y dónde comienza la creación de derecho, pues el procedimiento de razonamiento es el mismo en ambos casos.

No obstante, Bobbio no mantuvo siempre esta tesis. En el año 1957 admitió que era factible la diferenciación entre interpretación extensiva y analogía, en el sentido de que en la primera, si bien se extiende el contenido de una norma jurídica a casos que no prevé, la operación se lleva cabo sin salirse de la norma, mientras que en la segunda la extensión tiene lugar con base en una norma de jerarquía superior que se aplica tanto al caso previsto cuanto al no previsto, creándose en consecuencia una norma nueva. En 1968 agregó que la diferenciación no puede establecerse de modo tajante, sino más bien que los límites que separan a una de otra son flexibles (cfr. Zarini, 2003:125/6).

Siguiendo a Larenz, Mir Puig (2004:124/5) diferencia claramente la interpretación de la analogía: mientras la primera sería la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su "*sentido literal posible*", la segunda presupondría la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogos a otros sí comprendidos en el texto legal. El autor admite -al igual que Roxin- la interpretación extensiva de delitos o penas, salvo en los casos que se aparte de los modelos o cánones de interpretación aceptados o pautas

valorativas constitucionales, pues con dicha salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasaría el límite de garantía representada por la letra de la ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de ese límite. Por lo tanto, parece que el objeto de la prohibición no recae sobre aquel que interviene en el proceso de interpretación y aplicación, sino en lo que Alchourrón (1991:177 y ss.) llama argumentos jurídicos *a pari* y *a fortiori*. Cuando se hace referencia a un supuesto en que la norma penal contiene cláusulas que permiten otorgar a los términos en ellas empleados un sentido análogo (como los vocablos "*arma*" o "*mujer honesta*"), o que permiten la aplicación a situaciones análogas a las descripciones de hecho en ellas contenidas ("*otra condición análoga*" del art. 141 del Cód. Penal o "*cualquier otro ardid o engaño*" del art. 172 del Cód. Penal), no nos encontramos frente a un supuesto de analogía prohibida o razonamiento jurídico por analogía (cfr. Zarini, 2003: 88 y ss.).

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

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

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

En tal sentido Hurtado Pozo (1991:513/6) aclara que la determinación de la noción de interpretación extensiva supone una doble limitación: de un lado en relación con la interpretación restrictiva y, de otra parte, con la libre búsqueda del derecho. Una vez tomada en cuenta la naturaleza de la interpretación y del lenguaje, esta distinción es bastante artificial, pues toda disposición legal constituye un esquema, no una descripción precisa y cerrada, y la aplicación de una disposición implica necesariamente su concretización en relación al caso *sub iudice*, que se efectúa más fácilmente con relación a los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto que con relación a los comprendidos en la zona marginal.

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

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

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

c.) el deber de observar una interpretación estricta de la ley no tiene por objeto excluir la interpretación correcta, imponiendo en todos los casos la literal, sino excluir la aplicación de esa ley, así interpretada, a casos distintos aunque análogos. Aquél principio, en suma, sólo veda la analogía, no la inteligencia exacta de la ley más allá o más acá de sus términos literales, cuando el resultado de la interpretación revela que la letra de la ley ha expresado sólo de manera incompleta o incorrecta la voluntad del legislador (del voto del Dr. Petracchi, CSN, 31/10/1997, Fallos 320:2.271);

d.) el art. 18 CN. proscribire la aplicación analógica o extensiva de la ley penal, pero no su razonable y discreta interpretación tendiente al cumplimiento de los propósitos de los preceptos. Tal hermenéutica deberá incluir el descubrimiento de la posible intención del legislador, compatible con las palabras que ha empleado para expresarla, comprendidas en el sentido más obvio del entendimiento común (CSN, 10-12-1997, Fallos 320:2.469);

e.) la regla que impone la inteligencia estricta de las normas penales no excluye el sentido común en el entendimiento de los textos de dichas normas a fin de evitar un resultado absurdo que no pueda presumirse como querido por el legislador (CSN, 10/12/1997, Fallos 320:2.649).

A esta altura podemos concluir provisoriamente que siempre que nos movamos dentro del campo de referencia semántico no parecen verse objeciones en que elijamos entre una interpretación restrictiva o extensiva, aunque ello dependerá de cómo caracterizamos a cada una de ellas. Siendo ello así es posible entonces incluir dentro de la interpretación no sólo los casos claros, sino también los grises o problemáticos.

Lo expuesto merece cierta precisión: es posible que dentro del sentido de un enunciado normativo haya más de un "*caso claro*" de aplicación; pero también junto a los "*casos claros*" puede haber uno o más "*casos*

problemáticos” o, en fin, todos pueden ser casos problemáticos. En todos ellos es factible escoger entre el más restrictivo y el más extensivo, y siempre nos estaremos moviendo dentro del “*sentido literal posible*”. La elección de uno de ellos dependerá de una cuestión decisoria o, en el mejor de los casos, argumentativa.

No obstante, el principal problema que se presenta en el ámbito penal es tratar de establecer el límite entre la interpretación extensiva y la analogía prohibida o, al menos, tratar de suministrar algún criterio para fijar aproximadamente dicho límite. En este aspecto, hay que decir que la diferencia sustancial entre ambas es que, mientras que la interpretación es la determinación del sentido o significado de un enunciado normativo que se halla dentro de su “*sentido literal posible*”, la analogía (o razonamiento jurídico por analogía) supone la aplicación de una nueva norma penal (creada a partir de otra norma existente en el sistema) a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de la letra del enunciado normativo (interpretado) ya existente, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal, claro que dicho límite no puede establecerse con precisión matemática (Zarini, 2003: 121/36).

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

Asimismo, cuando una determinada interpretación desvirtúa o contradice preceptos constitucionales, la opción es la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia por considerarla arbitraria en el caso concreto, pues más allá de las dificultades interpretativas que ocasione un enunciado normativo -que haga incluso aconsejable su derogación o estipulación-, sí entre varias interpretaciones posibles podemos elegir al menos una que no colisione con las normas supremas, no corresponde su declaración de inconstitucionalidad (cfr. Sagües, 1989:136/37, 157, 258 y ss.). La CSN ha decidido que la inconstitucionalidad de una norma sólo debe decidirse cuando no queda una vía para optar por una “*interpretación constitucional*” de la ley, si existen varias interpretaciones posibles debe adoptarse la que la preserva y no la que la destruye.⁷

Es que el legislador no tiene más límites que la propia Constitución, y son los jueces mediante el control de constitucionalidad, los que en definitiva deberán analizar la invalidez de los tipos penales en cada caso en concreto.

⁷ La Ley, t. 105, p. 161.

Quien en la actualidad ha interpretado mejor esta postura ha sido Roxin (1997:55/6),⁸ entendiendo que el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada al legislador se encuentra en los principios de la Constitución, por lo que el concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental, del Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

Esta postura -que compartimos con ciertas reservas- proviene de lo que los teóricos del derecho denominan "*interpretación conforme a la Constitución*" (Wroblewski) o "*interpretación adecuada*" (Guastini). La misma consiste en intentar compatibilizar las normas legales con la Carta Magna, eligiendo dentro del abanico de interpretaciones posibles aquella que compatibilice más con la ley suprema, al tiempo de desechar las otras que no lo hacen. Por tal motivo, cuando una interpretación realizada por un órgano jurisdiccional no se ajusta con determinado principio constitucional, se dice que tal sentencia (o tal interpretación) es arbitraria, sin necesidad que lo sea la disposición, que puede "*soportar*" interpretaciones constitucionales.

Sin embargo, la interpretación adecuada no es ni más ni menos que una opción discrecional y, en consecuencia, altamente discutible, tanto desde el punto de vista de la legalidad como del de la oportunidad política.⁹

Baste con señalar aquí que tradicionalmente la magistratura argentina ha hecho un uso conservador del control de constitucionalidad que puede resumirse en las siguientes reglas de autorestricción (*self-restraint*) que enuncia Oyhanarte: **a.)** los actos estatales gozan de presunción de constitucionalidad, **b.)** quien alega una inconstitucionalidad debe probarla, **c.)** la inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio, **d.)** no hay acciones declarativas de inconstitucionalidad, **e.)** la declaración de inconstitucionalidad sólo afecta el punto concreto que ha sido materia del fallo, **f.)** la inconstitucionalidad de un precepto no invalida necesariamente toda la ley, **g.)** la declaración de inconstitucionalidad procede sólo cuando es absolutamente preciso, **h.)** quien consintió un acto no puede tacharlo de inconstitucional, **i.)** la misión de los jueces no es fiscalizar el merito, el acierto, la eficacia o la conveniencia de las leyes, **j.)** tampoco les incumbe juzgar la "*falta de política*" de las normas discutidas, **k.)** ni descalificar los medios elegidos por el legislador con el argumento de que hay mejores, entro otras.¹⁰

Por otra parte, se hace necesario encontrar un límite más allá del cual la indeterminación de la ley es inconstitucional. Roxin (1997:172/3) expresa

⁸ Ver también Zaffaroni (et. al., 2000:464) en nuestro medio.

⁹ Ver en tal sentido a Guastini (2001:147/9),

¹⁰ Confróntese Bianchi (2002:140/1).

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

Adelantándonos a lo que expondremos en el siguiente punto, es menester precisar que al ser las leyes establecidas en lenguaje natural son por ese sólo hecho vagas y, en ciertos supuestos, también ambiguas. El problema es determinar si existen parámetros para poder establecer con carácter general o particular cuando la indeterminación es tal que viola el principio de legalidad.

Es verdad que en algunos casos hay que reconocer cierto margen de indeterminación producto del lenguaje o incluso introducido deliberadamente por el legislador, aunque en muchos casos ello es producto de una deficiente técnica legislativa, como ocurre por ejemplo con el concepto de "*violencia*" en el Código Penal Argentino, que no obstante estar parcialmente estipulado por el art. 78, varía su significado de acuerdo al lugar en que se encuentre ubicado.

3.3. LA PROHIBICION DE LEYES PENALES Y PENAS INDETERMINADAS

A diferencia de lo que ocurre con la Constitución Alemana, que establece que la punibilidad tiene que estar legalmente determinada, nuestro art. 18 de la Carta Magna guarda silencio al respecto, aunque esa misma pauta se desprende de la finalidad del principio de legalidad. En sentido positivo esta función de garantía implica que los tipos penales deben redactarse con la mayor precisión o exactitud posible, evitando conceptos elásticos, dado que su razón finca en que la reserva de ley únicamente puede tener eficacia si la ley se expresa con tal claridad que evite cualquier decisión subjetiva o arbitraria del juez, lo cual permite, a su vez, garantizar al ciudadano que pueda saber de antemano qué comportamiento se encuentra prohibido y conminado con pena (Jescheck, 1993:122).

Según Maurach (1994:158/9) la determinación del tipo emana inmediatamente del principio del Estado de Derecho y tiene su más importante ámbito de aplicación en el derecho penal, exigencia que se dirige al legislador y constituye el hilo conductor para la técnica legislativa.

En este sentido, el uso de elementos descriptivos del tipo es más adecuado para precisar con claridad el ámbito de aplicación, no obstante la moderna técnica legislativa hace imprescindible la utilización de conceptos normativos que requieren ser llenados con un valor.

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

Como dice Roxin (1997:169/70), una ley indeterminada o imprecisa poco puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal y porque es contraria al principio de división de poderes, ya que le permite al juez realizar la interpretación que quiera y de esta forma invadir la esfera legislativa. Más adelante explica que resulta indiscutido que por indeterminación las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales, citando el ejemplo del Tribunal Constitucional Bávaro que declaró nulo un precepto que establecía que: "*...el que infringere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros...*", por ser excesivamente indeterminado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la frase contenida en el § 360 "*grave desmán (o abuso)*" era suficientemente preciso. El autor nos aclara que ya nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones, constituyendo el punto neurálgico los conceptos necesitados de complementación valorativa, los cuales no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo (por ejemplo, "*móviles abyectos*", "*escasa cantidad*", "*buenas costumbres*", "*mujer honesta*", "*banda*" etc.). En general, se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos, y que si las leyes sólo contuvieran conceptos descriptivos, o bien serían infinitamente largas, o bien presentarían tal rigidez en su aplicación que producirían resultados sumamente desafortunados. No obstante, Roxin (1997:171/2) se preocupa por encontrar un límite, más allá del cual la indeterminación sería inconstitucional. Así, algunos entienden que las exigencias de determinación crecen junto con la cuantía de la pena prevista en el tipo, y la concreción de la jurisprudencia de una ley indeterminada satisface el mandato constitucional. Otro piensan que el legislador debe lograr la máxima

precisión posible, es decir, si un concepto necesitado de complementación valorativa pudiera redactarse de forma más precisa, debería declarárselo inconstitucional. Todavía algunos creen, basados en la idea de ponderación, que los conceptos necesitados de complementación valorativa serían admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son preponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica. También se menciona respecto de estos conceptos que sólo se puede afirmar que concurren cuando lo admitan todas las interpretaciones defendibles. Finalmente, se ha dicho que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables a efectos de la limitación de la conducta punible en todo caso ha de superar el 50 %.

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

Roxin (1997:172) propone buscar la solución correcta por los principios de la interpretación del derecho penal, según los cuales un precepto será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador, y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación. Por ejemplo -prosigue el autor-, en los tipos penales que refieren a los conceptos de "*injurias*" y "*otro móvil abyecto*" (§ 185 y 211), los requisitos de determinación se cumplen, pues en el caso del primero, la manifestación de desprecio sólo lograra su fin si ella es también entendida como tal; y en el del segundo, está claro que el fin de la ley radica en castigar más duramente a los homicidas especialmente reprobables, y la cuestión de qué motivos cabe considerar como tales es algo que se puede averiguar mediante interpretación por la equiparación que la ley hace con los móviles del "*placer en el asesinato*", la "*satisfacción del instinto sexual*" y la "*codicia*". No sucede lo mismo con el mencionado caso del "*desmán o abuso grave*", pues no está claro el fin perseguido por el legislador y las posibles interpretaciones del concepto llegan al infinito. En otros casos sólo se podrá afirmar la constitucionalidad de un precepto si se hace una interpretación muy restrictiva. Con lo expuesto -concluye el autor- que no es cierto que el principio de determinación esté vacío de contenido: sólo habría que revisar, sirviéndose de los puntos de vista expuestos, cualquier tipo concreto en el que se planteen dudas, cuyo desarrollo sería una tarea que correspondería a la parte especial. Por supuesto, también el mandato de determinación abarca la pena y demás consecuencias del delito. Una norma penal que dijera "*el que infringiere el bien común de modo intolerable será castigado con pena de prisión de hasta cinco años*", convertiría en superfluos los múltiples artículos de cualquier Código Penal,

pero sería un precepto nulo, ya que no permitiría reconocer qué características ha de tener la conducta punible. El juez es quien fijaría en este supuesto la conducta y no el legislador. Es por ello que el mandato de determinación se dirige esencialmente al legislador, siendo una consecuencia directa del principio de división de poderes.¹¹

Eser - Burkhardt (1995:52/9) se ocupan detenidamente del tema. Para los autores alemanes no se debe extremar el mandato de determinación al punto de que las leyes se tornen extremadamente rígidas y casuísticas y no se adecuen a la evolución de la vida, por lo que el legislador no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descriptos formalmente con total exactitud, y que por ello necesitan en cierta medida de la interpretación judicial. Por tal motivo, no serían necesariamente inconstitucionales las cláusulas generales o los conceptos indeterminados que requieran valoración, siempre que sea posible establecer para la interpretación y aplicación de la norma, utilizando métodos de interpretación conocidos o sobre la base de una consolidada jurisprudencia, de modo que el ciudadano tenga la posibilidad de conocer el valor jurídico protegido por la norma penal y la prohibición de determinados comportamientos, así como la posible reacción estatal. Por otra parte, la determinación de un precepto penal puede depender de quiénes sean los destinatarios, pues si éste se dirige a personas respecto de las cuales se puede suponer que en razón de su formación o experiencia práctica posean determinados conocimientos técnicos, no existe mayor problema. En dicho aspecto la jurisprudencia alemana -analizan los coautores- ha establecido ciertas directrices que pueden dividirse en tres puntos:

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

b.) la determinación del supuesto de hecho típico no puede referirse ni a una exclusión total de ambigüedad, ni a la exclusión de valoraciones, pero tampoco presupone la sola utilización de elementos descriptivos, ni una descripción exacta, sino que es compatible con los conceptos normativos, cláusulas generales y otros conceptos que requieren una valoración para ser aplicados. Ello es inevitable, ya que las descripciones puras sólo existen en las matemáticas y la ley siempre requiere valoraciones;¹²

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

1.- La previsibilidad de la aplicación judicial, cuando una interpretación va más allá del sentido de las palabras del precepto para comprender la

¹¹ Claro que en alguna medida también se dirige al juez que tiene que interpretar los dichos del legislador y, eventualmente, declarar su compatibilidad o no con la Constitución.

¹² Incluso la ley de la gravitación universal requiere de elementos valorativos.

punibilidad de un comportamiento, ella no puede pesar sobre el ciudadano. Dicha previsibilidad debe surgir de los métodos de interpretación usuales, especialmente basados en jurisprudencia consolidada y, por otro lado, en la posibilidad de cálculo sobre la base del conocimiento específico de la materia para el destinatario de la norma.

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

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

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

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

Otro jurista que se ha ocupado detenidamente del tema es Ferrajoli (1998:95/6), quien distingue el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad. Mientras el primero se limitaría a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el segundo exigiría todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. De ahí se sigue que el principio de mera legalidad sería la condición de la vigencia o existencia de las normas, cualesquiera sean sus contenidos, y el de estricta legalidad o taxatividad de los contenidos sería condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes. Por otra parte, la mera legalidad sería una norma dirigida a los jueces, mientras que la estricta legalidad sería una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decibilidad de la verdad de su enunciación.¹³ En el primer sentido, el principio de legalidad se identifica con la reserva de ley entendida en sentido formal, y se limita a prescribir la sujeción del juez

¹³ El autor deja en claro que la diferencia entre legalidad estricta y lata es una cuestión de grado, dependiendo del grado de taxatividad o determinación empírica de los supuestos típicos penales y de su campo de denotación o aplicación (1998:113).

a las leyes vigentes; en el segundo se identifica con la reserva absoluta de ley entendida en sentido material, y prescribe que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso. Sólo en la medida en que se satisfaga este segundo principio, la motivación jurídica de una sentencia puede tener carácter declarativo y ser susceptible de control empírico como verdadera o falsa y cómo válida o inválida.

Agrega Ferrajoli (1998:121/2), que el presupuesto necesario de la verificabilidad y de la refutabilidad jurídica es que las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito sean lo suficientemente precisas como para permitir en el ámbito de aplicación de la ley la denotación jurídica de hechos empíricos exactamente determinados. De esta forma, caracteriza al principio como una regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: **a.)** que los términos usados por la ley sean dotados de extensión determinada, para que sea factible su uso como predicados verdaderos de los hechos empíricos por ellos denotados; **b.)** que con dicho fin sea connotada su intensión con palabras más claras y precisas en lo posible; y **c.)** que sean excluidas las antinomias semánticas o, al menos, predispuestas normas para su solución.

Ferrajoli expone que en los sistemas penales evolucionados estas características esenciales pueden ser identificadas con lo que los penalistas llaman *elementos constitutivos del delito*. Cualesquiera que sean dichos elementos, existe un nexo metalógico entre la precisión de su connotación legal y la determinabilidad de su campo de denotación; entre legalidad y verificabilidad; entre convencionalismo y empirismo penal y entre rigor semántico del lenguaje legal y cognoscitividad judicial. Dichos nexos fueron comprendidos por la mayoría de los autores del Iluminismo, aunque con el ingenuo optimismo derivado de la total falta de una adecuada teoría del significado, que puede ilustrarse en la frase de Beccaria: "*Donde las leyes son claras y precisas el oficio del juez no consiste más en que asegurar un hecho*".

Claro que, como explica Ferrajoli, este ideal nunca es plenamente alcanzable, pues siguiendo a Hart, sostiene que en todas las leyes existe junto a un núcleo "*luminoso*" una zona de "*penumbra*" que cubre los casos en los que las palabras de la ley no son obviamente aplicables pero tampoco claramente excluibles. Sin embargo, esta penumbra puede ser reducida o aumentada hasta la claridad más completa. Es por ello que la certeza jurídica, aún cuando sea un mito si se la entiende como perfecta correspondencia, puede ser en realidad mayor o menor según el lenguaje sea preciso o vago, denote hechos o exprese valores y esté libre o no de antinomias semánticas. El iusfilósofo trata de aclarar la cuestión con algunos ejemplos del Código Penal italiano: menciona así el hurto agravado

cuando resulta cometido por tres o más personas (art. 625 nº 5), y el hurto agravado cuando el culpable usa violencia sobre las cosas (art. 625 nº 2). En el primer tipo penal, se hace referencia a una circunstancia exactamente denotada, mientras que en el segundo la circunstancia mencionada es vaga e indeterminada, sujeta a múltiples interpretaciones asociables a las palabras "*violencias*" y "*cosas*".

Más adelante, Ferrajoli (1998:378 y ss.) añade que mientras el principio de mera legalidad es un principio general de derecho público, el de estricta legalidad es una garantía que se refiere sólo al derecho penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos. Se explica así cómo el principio de mera legalidad se limita a exigir que los presupuestos de las penas estén establecidos de antemano por un acto legislativo, mientras que el principio de estricta legalidad exige que la ley penal esté dotada de exigencias empíricas para que sea posible su explicación en proposiciones verificables y presupone todas las demás garantías, las penales de la materialidad de acción, lesividad del resultado y culpabilidad, y las procesales de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa. Estas dos versiones del principio de legalidad son, para el autor, aplicables a los demás sectores del ordenamiento jurídico. Por otra parte, el principio de estricta legalidad se vincula con la prohibición de analogía, en la medida en que se pueda afirmar de conformidad con la estricta legalidad que los preceptos penales son verdaderos o falsos (recordemos que para el autor esto es una cuestión de grados), respecto de los hechos que se examinan, resultando obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. De ello deriva el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales.

Zaffaroni (2000:110 y ss.) opina que aunque la ley se exprese en palabras y éstas no sean totalmente precisas, no por ello debe renunciarse al principio de legalidad, sino que es necesario exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible conforme al principio de máxima taxatividad legal. Cuando los límites legales no se establecen de esa forma, cuando se prescinde del verbo típico, cuando se instituye una escala penal de amplitud inusitada o se remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, quedan dos caminos: declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa. Substancialmente, sostiene el autor, debe optarse por la inconstitucionalidad cuando la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa resulta demasiado artificiosa, es decir, cuando carece de todo apoyo legal o debe hallarse en un ámbito muy lejano o, cuando la ley contiene una irracionalidad irreductible que no responde a un notorio error material. Recordemos que según el autor el principio de interpretación restrictiva se expresa en un segundo momento puramente interpretativo, ya que dentro del alcance semántico de las palabras puede haber un sentido

más amplio para la criminalización o uno más limitado, y sólo en casos muy excepcionales la regla general de interpretación restrictiva (*in dubio pro reo*) cede ante otra más amplia.

En Hassemer (1984:314/9) el mandato de certeza es la forzosa consecuencia del hecho de que un sistema jurídico se organice sobre leyes escritas. La ley formulada con precisión constituye un interés primario para el legislador: no habría, pues, ni siquiera que recomendársela. Sin embargo, hay casos en que el legislador no quiere la *lex certa* lo que es algo inevitable, ya que frente al clásico entendimiento de determinación de los valores irrenunciables de la vida comunitaria, se impone también el criterio de la dirección social, de la intervención política interna. Hassemer piensa que aparece aquí el conflicto entre el deseo de progreso y el deber de mantenimiento que existe en el sistema jurídico-penal. Otra de las razones por las cuales el legislador puede no querer la *lex certa* es que en numerosas situaciones no existe la voluntad del legislador, pues la leyes penales son compromisos cuyo contenido afecta a estratos profundos de la personalidad, y en sus preceptos se adoptan a menudo una posición intermedia que no representa la opinión de los partidos que se encuentran más bien en los extremos. No obstante, el autor se encarga de aclarar que el mayor peligro para el mandato de certeza proviene en realidad de la capacidad del legislador para hacer leyes precisas, pues tiene que resolver al mismo tiempo dos tareas diferentes y contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a cambios futuros, y tiene que redactarlas de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a casos que no han sido imaginados. Toda decisión que haya que tomar entre flexibilidad y precisión es problemática. En este sentido, depende de la *lealtad de la jurisprudencia*. El punto medular radica -según Hassemer- en la dirección que debe tomarse cuando el tenor literal de una norma no coincide con su sentido, con su contexto sistemático, con las metas del legislador o con los límites de la Constitución. Y esto depende del criterio interpretativo que se tome (gramatical, objetivo, teleológico, sistemático o histórico). Por otro lado, el legislador ha encontrado una inteligente salida entre flexibilidad y precisión mediante la técnica del método ejemplificativo.

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

a.) el principio de taxatividad implica la exigencia de que los textos regulen con suficiente precisión qué conductas están prohibidas y que sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas, reposando dicha exigencia en razones de certeza jurídica e imparcialidad o igualdad en la aplicación del Derecho;

b.) hoy en día se sabe que es imposible dictar leyes de tal forma que no se

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

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

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

4. CONCLUSIONES

a.) El Estado Antiguo no reconoció derechos de libertad, porque en dicho esquema resultaba inconcebible una esfera de acción privada con un derecho independiente frente a la comunidad política de su pueblo y Estado. Toda la vida del ciudadano antiguo se encontraba monopolizada por el Estado. Las cosas no variaron sustancialmente en la Edad Media. Si bien el principio de legalidad fue reconocido de algún modo en diferentes momentos de la historia del pensamiento humano, su vigencia con el alcance que se le asigna en la actualidad tiene como antecedente directo el Racionalismo del siglo XVIII, mediante las bases filosóficas que echaron sus máximos exponentes, relacionado a un modelo de Estado vinculado a presupuestos culturales, sociales, económicos, jurídicos y, fundamentalmente, políticos diferentes de los conocidos hasta ese entonces, donde queda consagrado definitivamente, con independencia del documento que podamos considerar más importante al respecto. A su vez, se

encuentra indisolublemente ligado a los presupuestos del Estado de Derecho, ya que resulta impensable en otro modelo de Estado como el Antiguo o el Medieval, donde el individuo quedaba sometido totalmente a aquel, sin ningún tipo de garantías individuales, más allá de que haya estado vigente durante cortos periodos de tiempo, y, esencialmente, en cuanto a la prohibición de retroactividad.

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

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

c.) El principio de legalidad es ante todo una construcción teórico-ideológica que se considera distintiva del derecho penal liberal. Como dice Hassemer (1998:20), el principio de legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo. Desde este punto de vista, corresponde hacer una lectura fuerte del principio, en el sentido que comprende las cuatro exigencias ya señaladas, lo cual se puede fundamentar por lo menos mediante un razonamiento por el absurdo del siguiente tipo: la exigencia de la ley previa suele ser expresa, ahora ¿que significaría exigir que nadie puede ser penado sin ley que así lo determine si esa ley no es -además de previa-, cierta, estricta y escrita? El principio de legalidad debe ser entendido como una garantía del ciudadano y no como un postulado vacío o neutral, abierto a cualquier contenido autoritario.

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

menos aún determinar exactamente cuándo nos movemos dentro del sentido literal.

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

f.) La dificultad consistiría más bien en determinar el punto mínimo aceptable para que una ley sea considerada determinada, que en si se admite o no la interpretación extensiva.¹⁴ Si bien ninguno de los extremos parece que pueda funcionar plausiblemente, intuimos que con una magistratura especializada, el peligro proviene más de la excesiva determinación que de la indeterminación, no influyendo demasiado la restrictividad o extensividad de la interpretación, en la medida en que se busquen ciertos parámetros que impidan caer en la analogía creadora de hechos punibles o penas, de modo que los jueces no suplan las deficiencias del legislador y, lo que es peor aún, rellenen tipos penales con sus convicciones morales o personales. Claro que el mandato de determinación es una exigencia básicamente dirigida al legislador, y de manera secundaria al juez por lo que la admisión o no de la interpretación extensiva es más bien un hecho propio de la actividad judicial.

g.) Es que como explican Eser-Burkhardt (1995:52/9), no se debe extremar el mandato de determinación al punto de que las leyes se tornen extremadamente rígidas y casuísticas y no puedan adecuarse a la evolución de la vida, por lo que al legislador no les es posible renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descriptos formalmente con total exactitud y, que por ello, necesitan en cierta medida de la interpretación judicial. Por tal motivo, no son necesariamente inconstitucionales las cláusulas generales o los conceptos indeterminados que requieran valoración.

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

¹⁴ Incluso si admitiéramos, al igual que Bacigalupo, Bustos Ramírez y Ferrajoli, que la opción debe recaer siempre sobre la interpretación más restrictiva, cosa que no consideramos justificada normativamente, los problemas interpretativos subsistirían para poder detectar cuál es la posibilidad más restrictiva porque tampoco de ella se pueden precisar sus límites con exactitud matemática. Es muy ilustrativo al respecto Maier (1989:264/69). Ello no implica necesariamente que no pueda defenderse la tesis restrictiva, sino que no parece coherente que la misma objete a la postura contraria justamente la falta de precisión para distinguir interpretación extensiva y analogía, que ella misma tiene o carece

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

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

j.) Parece bastante plausible la última opción, es decir, definir a la interpretación extensiva y a la restrictiva una en función de la otra, quedando ambas comprendidas dentro del sentido literal y colapsando la interpretación extensiva (y también la literal) con la analogía. Dentro del campo de referencia semántico o el sentido literal de un texto es posible que exista más de una interpretación, sin que en principio una prevalezca sobre otra. Ahora bien, si se entendiera que la interpretación extensiva puede ser más amplia que la literal, o en otras palabras, que quedaría fuera de la literal, ahí sí sería difícil sostener que exista una diferencia tajante entre la interpretación extensiva y la analogía.

k.) La subconcreción de *lex certa* implica que los tipos penales y las consecuencias del delito deben redactarse por el legislador con la mayor precisión posible, tratándose de evitar conceptos vagos o ambiguos. Ello reposa en la idea de evitar cualquier decisión subjetiva o arbitraria del juez, garantizando al ciudadano que pueda saber de antemano qué comportamiento se encuentra prohibido y con qué pena esta conminado. De

lo contrario se violentaría el principio de división de poderes, pues el juez podría realizar la interpretación que quiera y de esta forma invadiría la esfera del legislador.

I.) Admitida cierta indeterminación del derecho y, en consecuencia, que el mandato de determinación nunca puede cumplir con el ideal de redactar leyes totalmente precisas, la cuestión pasa a ser de grados, aunque resulta problemático establecerlos. Existen múltiples posiciones al respecto, como quienes piensan que en la medida en que la pena es más severa crecen las exigencias de determinación, o quienes creen que el legislador debe extremar todos los recaudos para lograr la máxima precisión posible, pues de lo contrario debería declararse inconstitucional el precepto.

II.) Claro que, en palabras de Hassemer (1984:314/9), el mayor peligro para el mandato de certeza proviene de la capacidad del legislador para hacer leyes precisas, pues tiene que resolver al mismo tiempo dos tareas diferentes y contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a cambios futuros, y tiene que redactarlas de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a casos que no han sido imaginados. Toda decisión que haya que tomar entre flexibilidad y precisión es problemática, pues siempre que tratemos de regular mediante pautas generales conductas humanas -en forma no ambigua y por anticipado-, encontramos dos grandes escollos conectados entre sí: nuestra relativa ignorancia de los hechos y nuestra relativa indeterminación de nuestros propósitos (Hart, 1961:160).

Esta exigencia de certeza tiene -como explica Moreso (2001)-, una doble dimensión: se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas y, por el otro, se dirige a reducir la discreción de la policía para arrestar y de los jueces para condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales. Claro que, como vimos, dicha exigencia no puede llevarse al extremo, ya que las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que justifica tener esa regla no abarca, y excluyen otros que la razón que justifica la regla exigiría que estuvieran incluidos.

n.) De este modo, parece plausible formular la regla de una forma más alejada de su razón justificante, pero con conciencia clara de que incluiremos casos no previstos por la razón justificante y excluirémos otros casos que sí estaban previstos, ya que cuanto más detallada y casuista sea nuestra formulación, más peligro de infrainclusión habrá. En palabras de Ferreres Comella (2002), cuanto mayor sea la precisión mayor será el riesgo de infrainclusión y de sobreinclusión, pues si se es muy preciso se corre el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible lo que en realidad se desea sancionar, y si se es muy preciso al fijar las propiedades que justifican que una conducta quede excluida y se pretende que el juez no

amplíe esa enumeración se corre el riesgo que queden incluidas conductas que no se quiere sancionar. Hay que admitir entonces cierto grado de imprecisión a favor del reo, pero teniendo en cuenta que un alto grado de infrainclusión afecta la eficacia del derecho penal, se debe admitir cierto grado de imprecisión de la ley, lo cual supone transferir poder interpretativo al juez, lo que se justifica hasta cierto punto, pues no es posible colocar el poder de definición del ámbito de lo punible en las manos del juez. El núcleo del problema reside entonces en la determinación de qué grado de imprecisión resulta intolerable.

5.) BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- ALCHOURRON**, Carlos E. (1991), "Los argumentos jurídicos, a fortiori y a pari", en *Análisis Lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ARROYO ZAPATERO**, Luis (1983), "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, nº 8.
- ATIENZA**, Manuel, (1986), *Sobre la analogía en el derecho*, Civitas, Madrid.
- BACIGALUPO**, Enrique (1997), *Principios de derecho penal*, Akal, Madrid.
- BACIGALUPO**, Enrique (1999a), *Principios constitucionales de derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.
- BACIGALUPO**, Enrique (1999b), *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, 2º edición, Buenos Aires.
- BIANCHI**, Alberto B. (2002), *Control de constitucionalidad*, 2º edición, Abaco, Buenos Aires, t. 1.
- BOBBIO**, Norberto (1938), *L' analogia nella logica del diritto*, Serie: Memorie dell'istituto Giuridico, la Università, Torino.
- BUSTOS RAMIREZ**, Juan (1994), *Manual de derecho penal. Parte general*, 4º edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Ariel, Barcelona.
- CABRAL**, Luis (1958), *Ubicación histórica del principio "nullum crimen nulla poena sine lege"*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires.
- COBO DEL ROSAL**, Manuel - **VIVES ANTON**, Tomás S. (1996), *Derecho Penal, Parte General*, 4º edición, adecuada al Código Penal de 1.995 por María Isabel Valdecabres Ortiz, Tirant lo blanch, Valencia.
- DONNA**, Edgardo Alberto (2006), *Derecho penal. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I
- ESER**, Albin - **BURKHARDT**, Björn (1995), *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducido por Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Melia, Colex, Madrid.
- FERRAJOLI**, Luigi (1998), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 3º edición, Trotta, Madrid.
- FERRERES COMELLA**, Víctor (2002), *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid.
- FRIAS CABALLERO**, Jorge - **CODINO**, Diego - **CODINO**, Rodrigo (1992), *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires.
- GUASTINI**, Riccardo (2001), *Estudios de teoría constitucional*, traducido por Perfecto Andrés Ibañez, Fontamara, México.
- HALL**, Jerome (1959), "El principio de legalidad", traducido por Roberto J. Vernengo, *La Ley*, t. 54, p. 809, Buenos Aires.
- HART**, H. L. A. (1961), *El concepto de derecho*, traducido por Genaro Carrió, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HASSEMER**, Winfried, (1984), *Fundamentos del derecho penal*, traducción y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- HUERTA TOCILDO**, Susana (1993), "El derecho fundamental a la legalidad penal", en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 39, setiembre-diciembre.
- HURTADO POZO**, José (1991), A propósito de la interpretación de la ley penal, en *Doctrina Penal*. Depalma, Buenos Aires, año 14, nº 55/6, ps. 491 y ss.
- JAKOBS**, Günter (1997), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la pena*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2º edición, Marcial Pons, Madrid.
- JESCHECK**, Hans Heinrich (1993), *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducido por J.L. Manzanares Samaniego, 4º edición, Comares, Granada.

- LARENZ**, Karl (1994), *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, S.A, Barcelona.
- MAIER**, Julio B.J. (1989), *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*, Hammurabi, Buenos Aires, t. I, vol. b.)
- MIR PUIG**, Santiago (2004), *Derecho penal. Parte general*, 7º edición, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- MOLINARIO**, Alfredo J. (1996), *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. II.
- MORESO**, José Juan (2001), "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)", en *Revista Doxa*, nº 24, Alicante, ps. 525/45.
- NUÑEZ**, Ricardo C. (1959), *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. I.
- OUVIÑA**, Guillermo J. (1964), "*Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- PORTO**, José Edelmiro (1952), *Fuentes de derecho penal*, Universidad Nacional de la Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata.
- ROXIN**, Claus (1997), *Derecho penal. Parte general*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2º edición, Civitas S.A., Madrid, t. I.
- WELZEL**, Hans (1997), *Derecho penal alemán. Parte general*, 11º edición, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editora Jurídica de Chile, Chile.
- WROBLEWSKI**, Jerzy (1985), *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducido por Arantxa Azurza, Civitas, Madrid.
- ZARINI**, Andrea Verónica (2003), *Principio de legalidad y prohibición de analogía*, inédito, Mar del Plata.
- ZAFFARONI**, Eugenio Raúl – **ALAGIA**, Alejandro – **SLOKAR**, Alejandro (2000), *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires.