

## § 5 Interpretación de la ley

*I. Vinculación del juez a la ley. II. El derecho como lenguaje. III. Noción de interpretación. IV. Necesidad de interpretar. V. Metas de la interpretación. 1. Concepción subjetiva. 2. Concepción objetiva. 3. Criterio mixto. VI. Métodos de interpretación. 1. Método literal o gramatical. 2. Método sistemático. 3. Método histórico. 4. Método teleológico. 5. Jerarquía de los métodos. VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva. VIII. Límites de la interpretación. 1. Analogía. 2. Reducción teleológica.*



## I. Vinculación del juez a la ley

Como en los demás ámbitos del ordenamiento jurídico, la aplicación del derecho es monopolio de las autoridades legalmente constituidas. En materia penal, hay que considerar no sólo a las autoridades jurisdiccionales (jueces, tribunales, representantes del Ministerio Público), sino también otras que, sin pertenecer al aparato judicial, toman decisiones sobre cuestiones de su competencia (autoridades encargadas de la ejecución de penas, por ejemplo). En sus decisiones sobre los casos *sub iudice* deben apoyarse sobre una base legal, la cual, según el principio de legalidad, es la ley. 467

Si nos limitamos al caso del juez, hay que señalar que para absolver o condenar deberá invocar una disposición legal. En el periodo en que dicho principio fue estatuido en los ordenamientos legales, la relación entre la autoridad jurisdiccional y la ley era percibida como su sumisión estricta a las disposiciones legales. Así, se estimó que “los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor”<sup>94</sup>. 468

Así, se aplicaba de manera rígida el principio de la separación de los poderes legislativo y judicial. Los jueces no debían dictar leyes y los legisladores no debían intervenir en los procesos judiciales. La sumisión estricta de los jueces a lo establecido en las leyes implicaba, según el criterio predominante entonces, la restricción y hasta la prohibición de la interpretación de la ley. Así, Montesquieu afirmó que “en los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones, cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano”<sup>95</sup>. En esta misma perspectiva, Beccaria afirmó que en efecto, “en el caso de un delito, 469

---

<sup>94</sup> MONTESQUIEU, 1987, T. I, p. 109.

<sup>95</sup> MONTESQUIEU, 1987, T. I, p. 38.

hay dos partes: el soberano que señala la violación del contrato social y el acusado que niega esta violación. Es necesario pues que exista entre ellos un tercero que decida el conflicto. Esta tercera persona es el magistrado, cuyas sentencias deben ser inapelables y quien debe sólo pronunciarse sobre si hay o no hay delito. En consecuencia, la interpretación de la ley no es asunto del juez, quien se contenta con ‘aplicarla’. En esta forma, la aplicación sólo es posible cuando el legislador elabora leyes precisas y claras. Las leyes oscuras y la interpretación constituyen un mal que será aún mas grande ‘si las leyes no son redactadas en lenguaje popular’<sup>96</sup>.

- 470 Este rigor en la manera de concebir la relación entre el juez y la ley constituyó, en la práctica, un discurso político destinado a consolidar el nuevo tipo de Estado surgido de los movimientos sociales e intelectuales que tuvieron su momento culminante en la Revolución francesa. Esta manera de concebir al Estado ha variado de modo sustancial a partir de mediados del siglo XX y, en particular, debido a la primacía que se da tanto a los principios y valores constitucionales, como a los derechos humanos. En nuestro país, con el reconocimiento de la pluralidad cultural, por ejemplo, se debe dejar de considerar el derecho, por tanto, la ley como la expresión de una cultura hegemónica sino como la conjunción y cohabitación de diversos principios y valores. En consecuencia, la vinculación del juez a la ley pasa por la toma en consideración estricta de la constitucionalidad de las disposiciones.
- 471 El modo de percibir dicha vinculación se flexibilizó debido a los cambios sustanciales en la manera de concebir el derecho y su aplicación. Muchas de estas modificaciones concernieron al principio de legalidad. Así, por ejemplo, se eliminaron las penas tasadas, señalándose un *mínimum* y un *máximum* dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. También, se restringió, en la redacción de la ley, el uso de fórmulas casuísticas prefiriéndose emplear términos que, luego, fueron denominados “elementos normativos”, que admiten un amplio margen de apreciación.
- 472 Sobre la base del reconocimiento de estas circunstancias, se admite de manera amplia que la actividad judicial implica de modo fundamental la interpretación de las disposiciones legales, así como la de los hechos a los cuales es aplicada. Esto permite afirmar que el derecho es una práctica social compleja que consiste esencialmente en interpretar<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> BECCARIA, 1966, § V, p. 56.

<sup>97</sup> ATIENZA, 2001, p. 267.

La vinculación del juez a la ley penal existe también entre ésta y toda persona que la aplica. Los juristas, al analizar un caso determinado, también deben partir de lo establecido en las disposiciones penales. Por lo tanto, su labor es similar a la que practican los jueces; pero a diferencia de los juristas, los primeros están condicionados por la obligación de resolver el caso concreto y por el contexto funcional en el que actúan. En esta labor, tanto jueces como juristas deben concretar los hechos, es decir, determinar cuáles son los relevantes para el derecho mediante la reconstrucción o interpretación de los mismos; escoger las disposiciones legales que consideran les son aplicables e interpretarlas para juzgar el caso concreto<sup>98</sup>. 473

## II. El derecho como lenguaje

El derecho penal moderno, de acuerdo con el principio de legalidad, es sobre todo lenguaje escrito. En realidad, la existencia de las reglas depende del lenguaje<sup>99</sup>. El derecho, por tanto, “tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesto por el postulado de la alteridad”<sup>100</sup>. Para comprender en qué consiste y cómo funciona el derecho en general es indispensable prestar atención a los problemas del lenguaje. Al respecto, hay que distinguir entre el lenguaje en el que están expresadas las normas y el de los juristas acerca del derecho. 474

Si bien no todas las normas jurídicas tienen la función de prescribir, hay que destacar que una de las características primarias del derecho “consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella; se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas”<sup>101</sup>. La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta - “mediante formas generales explícitas” - es posible gracias al lenguaje. 475

En el derecho penal, en virtud del principio de legalidad, la disposición legal debe ser una fórmula lingüística escrita, accesible a todos. Por la técnica 476

<sup>98</sup> CAPELLA, 1999, p. 130.

<sup>99</sup> MORESO, 1996, p. 105.

<sup>100</sup> CAPELLA, 1968, p. 28.

<sup>101</sup> HART, 1963, p. 49.

legislativa empleada, las leyes con las que se incriminan comportamientos parecen dirigirse, en primer lugar, a las autoridades que las aplican. Así, según el art. 106, la autoridad competente deberá sancionar con una pena privativa de la libertad a quien mate intencionalmente a una persona. Sin embargo, estas normas se dirigen también a la generalidad de los miembros de la comunidad, con la pretensión de regular sus conductas<sup>102</sup>. Mediante el art. 106, se prohíbe matar a una persona y, por tanto, se ordena abstenerse de realizar tal comportamiento.

- 477 Los signos que constituyen el aspecto físico de las disposiciones legales poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Es la persona que tiene, mediante la facultad de la visión, la experiencia de dichos caracteres, la que les atribuye ese significado<sup>103</sup>. El texto es el medio por el cual se expresa la norma con la que se regula una situación determinada.

### III. Noción de interpretación

- 478 La interpretación consiste en la atribución de significado a las fórmulas lingüísticas, denominadas proposiciones o disposiciones jurídicas<sup>104</sup>. Este es uno de los diversos sentidos con que se utiliza el término interpretación. Sus variados sentidos deben ser tomados en cuenta, pues, “no es lo mismo interpretar los aspectos de hecho de una situación que se desea encarar jurídicamente, que escoger y aplicar los preceptos normativos, jurídicos u otros [...]”<sup>105</sup>. Además, se le emplea tanto para referirse a la actividad interpretativa como al resultado obtenido mediante ésta. Éste es el significado atribuido a la disposición legal (objeto interpretado)<sup>106</sup>.
- 479 Si se tiene en cuenta el objeto interpretado se distingue, por ejemplo, entre interpretación de la ley, del contrato, del acto administrativo y, en relación con el sujeto, se habla de interpretación del juez, del abogado, del jurista. Tomar en consideración estas distinciones es importante en relación con los límites y los objetivos de la interpretación. Si el juez busca establecer la regla de decisión del caso *sub iudice*, el jurista no interpreta, necesariamen-

---

<sup>102</sup> HART, 1963, p. 49.

<sup>103</sup> ROSS, 1970, p. 109.

<sup>104</sup> LARENZ, 1980, p. 246; Cfr. ROSS, 1970, p. 113. Consúltese también BONACORSO, p. 259.

<sup>105</sup> VERNENGO, 1996, p. 240

<sup>106</sup> TARELLO, 1980, p. 38 ss.

te, con esta misma finalidad. Así, éste puede plantear los posibles sentidos diversos del texto y abstenerse de decidir cual es el adecuado<sup>107</sup>.

Como el punto de partida de la interpretación es la disposición a interpretar y su conclusión es la adscripción de un sentido a dicha disposición, la interpretación “supone una relación entre el texto previo, un sujeto (el interprete) y un nuevo texto”<sup>108</sup>, el cual busca explicitar el sentido del texto original. El factor que impulsa y orienta este proceso es el caso que debe calificarse jurídicamente. A partir de éste, el intérprete busca la ley de posible aplicación y para comprenderla retorna al caso. Por esto, se dice que la interpretación del derecho se basa en un “círculo hermenéutico o interpretativo” consistente en la relación, móvil y continúa, entre el caso, el intérprete y el texto a interpretar<sup>109</sup>. 480

Este proceso tiene un aspecto cognoscitivo, puesto que se acude al “fenómeno elemental del entender que se realiza a través del lenguaje”. Esto nos muestra, según Betti, cómo el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido así, tal cual, como algo material, sino acogido como una llamada o una invitación a nuestra inteligencia, como una exigencia dirigida a nosotros, para reconstruir desde adentro, traducir y volver a expresar interiormente, con nuestras categorías mentales, la idea que él suscita y representa”<sup>110</sup>. Este mismo autor afirma que “de este modo, en el proceso interpretativo ocurre una inversión del proceso creador: una inversión por la cual el interprete en el inter hermenéutico debe recorrer en sentido retrospectivo el inter genético y realizar en sí el repensamiento”<sup>111</sup>. Una característica específica de la interpretación jurídica es el hecho de que el intérprete no sólo traduce (renovación semántica del lenguaje normativo), sino que también actúa aplicando las disposiciones en el sentido que les atribuye al interpretarlas<sup>112</sup>. 481

De acuerdo con estas consideraciones, parece conveniente describir la interpretación como el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados, mediante los cuales el intérprete, frente a una situación de hecho dada, adscribe un sentido a la 482

<sup>107</sup> VELLUZZI, 1998, p. 68.

<sup>108</sup> ATIENZA, 2001, p. 268., VERNENGO, 1996, p. 240 ss.

<sup>109</sup> FROSINI, 1989, p. 4; Cfr. ZAGREBELSKY, 1995.

<sup>110</sup> BETTI, 1966, p. 93.

<sup>111</sup> BETTI, 1966, p. 93-94.

<sup>112</sup> FROSINI, 1989, p. 9.

disposición legal aplicable. Esta noción se aleja de aquellas que conciben la interpretación como consistiendo en descubrir el sentido propio de las palabras de la ley. Dicho de otra manera, en determinar cuál de los sentidos posibles de las palabras ha sido empleado por el legislador. La noción que adoptamos, por el contrario, parte de la negación de que las palabras tengan “un sentido” natural y que, por tanto, el intérprete atribuye al texto legal el sentido que, en base a las palabras de la ley y de criterios de valor impuestos por el ordenamiento jurídico, aparece como el más justo al caso concreto que debe ser juzgado. Es decir que “sólo en la interpretación se concreta y se realiza el sentido que se trata de comprender; pero, este acto de interpretación permanece, así mismo, enteramente ligado al sentido del texto”<sup>113</sup>.

- 483 Cuando se comprende el proceso interpretativo sólo como una actividad cognoscitiva, no se explica con plenitud en qué consiste, en realidad, la toma de decisión por parte del juez. Para lograrlo, hay que tener en cuenta que la adopción de dicha decisión depende de una apreciación valorativa de la norma. Debido a que ésta constituye la materialización de toda su tradición cultural y no se trata de una simple fórmula mágica, el juez, condicionado por este contexto, comprende la proposición jurídica de manera que su decisión aparezca y sea aceptada “como justa o socialmente deseable”. Así, la interpretación -observada desde esta perspectiva- debe ser considerada también como un acto de valoración y no de mero conocimiento.

#### **IV. Necesidad de interpretar**

- 484 A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones, se tuvo la convicción de que el derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. De modo que se consideró que la labor de interpretar debía estar plenamente sometida a la legislación. De acuerdo con un criterio absolutista, se afirmó que no era indispensable interpretar la ley y que había que respetar de manera estricta su sentido literal o, en caso de dudas, remitirse a la denominada “interpretación auténtica” a cargo de la autoridad competente (en primer lugar, el soberano o el Parlamento). Así, por ejemplo, en Francia, mediante el Decreto Orgánico del 16 de agosto de 1790, se prohibió a los jueces interpretar de “modo general” las leyes y se les ordenó dirigirse al Parlamento cuando consideraran indispensable que una ley debía

---

<sup>113</sup> GADAMER, 1972, p. 355; VIOLA, 1989, p. 344 ss.



ser interpretada. Así mismo, luego de la promulgación del CP de Baviera (1813), se prohibió comentar sus disposiciones<sup>114</sup>. Esta clase de prohibiciones tenía su origen en la idea de que el juez estaba vinculado de manera estricta al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

Con la misma finalidad, se ha sostenido, también, la inutilidad de la interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. El sentido del texto es el sentido comprendido *prima facie* y, en consecuencia, en estos casos, es posible prescindir de la labor interpretativa (*in claris non fit interpretatio*). Este es el criterio que está íntimamente relacionado con la idea de que las leyes deben ser redactadas de manera clara, precisa y bastante amplia para comprender todos los casos de manera que, según el principio de legalidad, cada miembro de la sociedad disponga de una descripción verbal que pueda usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cuándo es oportuno hacer algo. 485

Sin embargo, la vaguedad del lenguaje hace inadmisibles estas concepciones. Afirmar que el texto es claro, “implica siempre una interpretación al menos implícita”; es decir, supone que ya ha sido comprendido en un sentido dado y que éste ha sido reconocido como el “verdadero”. La interpretación no puede ser entendida como la simple comprensión literal del texto, dado que toda intelección literal implica una previa que debe ser confirmada, modificada o completada por el procedimiento de la interpretación. No hay, pues, texto que no requiera ser interpretado. 486

La idea del “texto claro” no sólo revela las insuficiencias del método gramatical, sino también los esfuerzos hechos para disimularlas. De esta manera, se busca encubrir el ejercicio dogmático de un poder que busca ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlos a todo control racional así como a todo debate. 487

Tanto el criterio de la “interpretación negativa” (prohibición de interpretar los textos legales), como el de la falta de necesidad de interpretar los textos claros están inspirados en un pensamiento que desconoce la realidad o que trata de ocultarla para favorecer, en perjuicio de la división de poderes, el predominio de quien tiene la facultad de dictar las disposiciones legales. Así, se olvida o escamotea el hecho de que los mandatos, prohibiciones o permisos jurídicos son transmitidos mediante expresiones del lenguaje (en 488

<sup>114</sup> RECASENS SICHES, 1956, p. 181 ss.; SOLER, 1962, p. 9.

nuestro caso, el español), muchas de las cuales son definidas de tal manera que tienen un uso especializado. Estas expresiones, comunes o técnicas, “no pueden reproducir, de manera exacta, toda la riqueza de la realidad de la que hablan”<sup>115</sup>. Las palabras no son unívocas, no tienen un sentido natural y obvio. Su significado varía según cual sea la conexión de lo que se dice; y el sentido de lo que se expresa en conjunto es lo único que puede esclarecer por completo el correspondiente significado de las palabras individuales. “El contexto mostrará -dice Ross- la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual si se anota así cada referencia individual -continúa el mismo autor-, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto de referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente”. Concluye el mismo autor: “La referencia semántica de la palabra tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no”<sup>116</sup>.

- 489 Así, a pesar de que el derecho consiste en reglas generales formuladas por escrito, “en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas”. Esto es lo que se ha llamado “la textura abierta del lenguaje”; es decir, siempre es posible representarse un objeto respecto al cual carecemos de criterios para determinar si es comprendido por la referencia de la expresión en cuestión. Tomando conciencia de este hecho, hay que recordar, según Hart, que “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”<sup>117</sup>.
- 490 Los métodos y argumentos interpretativos son, de modo predominante, fruto de momentos histórico-culturales particulares. Además, la vaguedad

<sup>115</sup> SCHAFF, 1973, p. 99.

<sup>116</sup> ROSS, 1970, p. 111; HART, 1963, p. 119. Tiene razón SOLER, 1969, p. 148 y 172, cuando rechaza la posesión escéptica, “consistente en transferir al lenguaje normativo las incertidumbres operativas posibles y aún frecuentes en el uso común del lenguaje”. La expresión legal tiene un inequívoco sentido dispositivo. Pero no estamos de acuerdo con él en cuanto afirma: “Esto significa que cuando la ley emplea una expresión tiene un significado preciso y dispositivo. Salvo que ella disponga de otro modo, ese significado es único”.

<sup>117</sup> HART, 1963, p. 159; HERNÁNDEZ MARÍN, 1989, p. 38 ss.; CARRIÓ, 1976 p. 31 ss.; ATIENZA, 1985, p. 13 ss.

de las palabras está en relación a sí, de acuerdo con el contexto de comprensión y aplicación de la norma, un aspecto de la realidad considerada está o no comprendido en la referencia de la expresión lingüística. Por eso resulta indispensable tener en cuenta dicha vaguedad. Todo esto pone en evidencia la “futilidad de las prohibiciones de interpretación que a veces se encuentra en los textos legales”, puesto que “nada puede impedir que una palabra, ordinariamente precisa (en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria”<sup>118</sup>.

Por tanto, la expresión gana en precisión cuando se determina el contexto. 491  
El término infanticidio, en una conversación entre legos, hace referencia al hecho de matar a un niño (un infante). Por el contrario, en nuestro discurso jurídico penal significa que la madre mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal (art. 110). La expresión menor de edad, en el lenguaje común, es empleada, muchas veces, para dar a entender que una persona tiene menos edad que otra. En el contexto del derecho, en general, y del derecho penal en particular, puede ser comprendida de diferentes maneras. Por ejemplo, menor que no posee capacidad penal (art. 20, inc. 2), menor víctima de delitos sexuales (art. 173), menor incapaz de consentir. Con referencia al delito de bigamia el término “matrimonio” (art. 139), puede comprenderse como referencia tanto al matrimonio civil como al religioso o a uno sólo de éstos (en el contexto penal, el definido por el derecho civil).

Para explicar mejor esta peculiaridad del lenguaje, se da con relativa frecuencia el ejemplo del término “calvo”, tomado del lenguaje común. Así, se pregunta: ¿Qué significa el término calvo? ¿A quién se le puede calificar de calvo? Si dar un contenido a esta palabra no tiene mayor importancia en la vida corriente, sería de gran importancia, por el contrario, si al legislador se le ocurriera, por ejemplo, aplicar un impuesto a los “calvos”. Se tendría que esclarecer a qué categoría de personas alude esta expresión. ¿Calvo es quien no tiene ningún pelo en la cabeza o, también, quien tiene algunos pocos?<sup>119</sup>. 492

Las dudas respecto al sentido de una palabra pueden surgir cuando es utilizada dos veces en la misma disposición; caso en el que cabe preguntarse si tiene igual significación. Por ejemplo, en el art. 427, pf. 1, se dice: “El que 493

<sup>118</sup> CAPELLA, 1968, p. 248 ss.

<sup>119</sup> Cfr. SOLER, 1969, p. 174 ss.; CARRIÓ, 1976, p. 28 ss.

hace, [...] un documento falso o adultera uno verdadero” y en el pf. 2, se expresa: “El que hace uso de un documento falso o falsificado”. El término falso puede significar lo mismo y, por tanto, la palabra “falsificado” hay que comprenderla en el sentido de documento adulterado, al que hace referencia la segunda alternativa indicada en el pf. 1 o, por el contrario, habría que considerar que ha sido empleado con significados diferentes y que es indispensable precisar.

- 494 Aun reglas en apariencia tan claras como el art. 106, presentan dudas cuando se les confronta con la realidad. Esta disposición dice: “El que mata a otro...”. Es a una persona natural y viva a la que se refiere el término “otro”. Es natural que nos sintamos señalados por tal expresión. ¿Pero, comprende -también- a las “personas descerebradas” o “muertas clínicamente”? En realidad, de lo que se trata es de saber cuándo se ha de considerar muerta una persona. Esto se ha discutido mucho en los últimos años con ocasión de los trasplantes de órganos. Hasta hace algunas décadas, se ha admitido que la vida dura hasta el último latido del corazón o movimiento respiratorio. Pero ante la comprobación de que las funciones del corazón pueden detenerse aun por horas, no se acepta hoy en día tal criterio. La medicina moderna admite, por el contrario, el concepto de la muerte cerebral, incorporado en nuestra legislación mediante el Código Sanitario<sup>120</sup>. En éste, se reconocía que el fin de la vida productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. En relación con esta última, se establecía que “la muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales” (art. 36). Esta definición fue modificada mediante la Ley N° 23415, del 1 de junio 1982, art. 5. Según esta disposición, “se considera muerte, para los efectos de la presente ley, a la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral o de la función cardio-respiratoria”. Esta última parte ha sido suprimida mediante la Ley N° 24703, del 19 de junio de 1987<sup>121</sup>. Debido a que se limita la aplicación de esta definición a los casos de trasplantes de órganos y de tejidos, se plantea la cuestión si puede o no ser considerada para los efectos de la comprensión y aplicación del art. 106. Es decir, el “muerto clínicamente” puede o no ser víctima del delito de homicidio; el término “otro” comprende o no a la persona declarada muerta “clínicamente”. Al respecto, cabe también cuestionarse, si el art. 1 de la Ley N°

<sup>120</sup> DL N° 17505, del 18 de marzo de 1969; modificado por la Ley N° 23415, del 4 de junio de 1982, y la Ley N° 24703, del 25 de junio de 1987. Cfr. HURTADO POZO, 1995, p. 27.

<sup>121</sup> En el art. 21 del Reglamento de la ley aprobado por el DS N° 014-88-SA, del 31 de mayo de 1988, se refiere a que la función cerebral “tiene traducción clínica y electroencefalográfica”.

23415, en el que se dispone que ocurrida la muerte “los restos mortales de la persona humana se convierten en objeto de derecho”, sólo tiene efectos para los trasplantes y que, en consecuencia, el destruir intencionalmente al “muerto clínicamente” constituye un homicidio. Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse y nuestra doctrina no se ha planteado *in extensum* el problema<sup>122</sup>. En el extranjero, se ha dado una respuesta negativa<sup>123</sup>, la misma que consideramos aplicable entre nosotros<sup>124</sup>.

También, debemos destacar que no son extraños a esta vaguedad los términos técnicos y, además, el mismo legislador los usa de manera inapropiada. Un ejemplo claro es el del empleo del término “responsabilidad”, que es utilizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con sentidos diferentes. En el Código, se le ha empleado para sustituir el término “culpabilidad”, sin que se pueda saber si sólo se trata de un cambio de terminología o si se abandona la noción de culpabilidad en favor de una nueva categoría penal. Situación que se complica, cuando se tiene en cuenta que, algunas veces, el legislador vuelve a referirse a la culpabilidad (art. 346: “que sean culpables”).

No hay que olvidar en relación con el lenguaje científico que éste se caracteriza por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma “más elevada del lenguaje científico, en el símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito”<sup>125</sup>. Por esto, la referencia a la edad de la víctima -por ejemplo- es uno de los pocos casos de certeza de la expresión en las normas jurídicas que la contienen (art. 173, violación sexual de menores de 10 años, de 14 años y de 18 años).

Si bien estos aspectos muestran la necesidad de indagar qué contenido hay que atribuir a la expresión legal, el proceso de interpretación está muy condicionado por los hechos a los que se debe aplicar la disposición legal. Éstos son, igualmente, objeto de interpretación. La forma como sean establecidos y las pretensiones que generen influyen de manera esencial en la interpre-

<sup>122</sup> Cfr. ROY FREYRE, 1986, T. I, p. 73; este autor considera que la persona declarada muerta clínicamente puede ser víctima del delito de homicidio. PEÑA CABRERA, 1972, p. 12 ss. HURTADO POZO, 1995, p. 39 ss.

<sup>123</sup> MAURACH/SCHRÖDER/MAIWALD, 1988, p. 13; STRATENWERTH, 1969b, p. 531; SCHÖNIG, 1968, p. 189; Morales PRATS, 1996, p. 671.

<sup>124</sup> Sobre los fundamentos de nuestra posición, Cfr. HURTADO POZO, 1995, N° 33 ss. En general, Cfr. CASTILLO ALVA, 2008, p. 55 ss.

<sup>125</sup> Ross, 1970, p. 115.

tación. Esta influencia es, sobre todo, evidente en los “casos límites”, pero no deja de estar presente en los casos comunes. Además, hay que tener en cuenta que el intérprete, actualmente, está bastante condicionado por el contexto cultural plural y por una situación social en constante evolución. Situación que difiere mucho de aquella más homogénea, cultural y socialmente, en la que el derecho era, en esencia, concebido como un conjunto de reglas y se estimaba, ideológicamente, resuelto el dilema de los valores fundamentales<sup>126</sup>.

## V. Metas de la interpretación

### 1. Concepción subjetiva

498 En el contexto señalado al final del párrafo precedente, se consideraba, en general, que la labor del intérprete estaba al servicio del legislador, en la medida que debía limitarse a establecer el “verdadero y único” sentido que éste había establecido en la ley. La concepción subjetiva<sup>127</sup>, también llamada “tesis de la intención de la autoridad” se basa en el criterio de que la ley es un acto de voluntad soberano que se impone al juez. Como miembro del Estado, éste no tendría sino la tarea de determinar dicha voluntad. Así, se considera que el fin de la interpretación es determinar la voluntad del legislador histórico que elaboró la ley, tal como los trabajos preparatorios y los propiamente legislativos pueden revelarla más allá del texto; es decir, “a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar”<sup>128</sup>. De esta manera, el juez, por ejemplo, precisa la significación de los términos de la disposición que debe aplicar al conflicto que le es sometido. Se suponía así que la ley contenía la solución, la cual debía ser descubierta mediante la interpretación.

499 Para comprender la concepción subjetiva hay que considerar que la elaboración deliberada de la legislación está dirigida por la intención de expresar un precepto de acuerdo con los procedimientos constitucionales. Esta intención del órgano estatal competente para legislar debe reflejarse en el trabajo del intérprete dirigido a determinar el sentido de las dispo-

---

<sup>126</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 145 ss.

<sup>127</sup> La terminología para designar las orientaciones subjetiva y objetiva de la interpretación varían mucho; así por ejemplo, también se habla de teoría intencionalista y de teoría constructivista.

<sup>128</sup> Ross, 1970, p. 117.

siciones legales. De esta manera, tanto su labor como los resultados que obtenga serán legitimados, aun cuando el sentido que dé a las disposiciones interpretadas no sólo esté fundamentado en la intención del legislador. Sin embargo, esta “tesis de la intención de la autoridad” es objeto de críticas que deben tenerse en cuenta, para precisar el papel que juega en la interpretación.

El mayor problema que enfrenta esta concepción es el de precisar quién debe ser considerado como legislador<sup>129</sup>. Dificultad que está íntimamente vinculada con la individualización de la voluntad real, la cual debe ser determinada como contenido de la ley. Si esta tarea se revela muy difícil cuando se trata de un legislador individual, resulta casi imposible cuando se trata de un órgano colegiado (Parlamento). Sus miembros tienen en realidad múltiples intenciones, orientadas a producir efectos diversos en el ámbito social. Sin duda la determinación de la intención del legislador histórico es importante para la legitimación de la legislación<sup>130</sup> y para el esclarecimiento del mensaje legislativo, pero su búsqueda constituye un procedimiento que sirve, con frecuencia, para velar una realidad compleja y contradictoria. Esta búsqueda consiste muchas veces en atribuir a la regla un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real, cuando sólo se trata del sentido considerado, por el intérprete, como el correcto. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando -para lograr su aceptación- la autoridad del legislador.

A pesar de estas dificultades y considerando la real significación de los trabajos preparatorios, hay que rechazar la idea de que la voluntad del legislador es una mera ficción. Dichos trabajos son fuentes útiles para indagar lo que sus autores quisieron plasmar en el texto legal. Sin embargo, no hay que exagerar su importancia, afirmando, por ejemplo, que la interpretación sólo es válida si logra captar la o las intenciones del legislador.

## 2. Concepción objetiva

En la actualidad, la gran mayoría admite que el proceso interpretativo no siempre concluye en una sola solución. El resultado no es preciso, ni exento de ambigüedad. Determinar cuál de los posibles sentidos es el resultado

<sup>129</sup> RAZ, 1997, p. 213 ss.

<sup>130</sup> RAZ, 1997, p. 222.

“correcto” es un acto de apreciación valorativa, que está marcado por la manera cómo se determine la meta del conocimiento.

- 503 Para tener en cuenta las exigencias planteadas por los casos concretos, que no son los mismos que los que el legislador tuvo en consideración al dictar la ley, se dejó de pensar en el legislador histórico y se imaginó un legislador abstracto que la dictaba en el momento en que debía ser aplicada. Así, se atribuyó a la ley una autonomía y se consideró que la meta de la interpretación era la determinación de “su voluntad”, de su sentido razonable, normativo<sup>131</sup>.
- 504 Los sostenedores de la concepción objetiva afirman que la ley, una vez promulgada, adquiere existencia autónoma. Por esto, niegan que su sentido permanezca inalterado respecto al que le dio el legislador real. Su sentido es más bien determinado a medida que se aplica. Con este objeto se debe apreciar y adoptar el texto legal, en el marco de los cambios sociales, teniendo en cuenta su *ratio legis*. Así, se va adaptando la ley a las nuevas situaciones.
- 505 La debilidad de la teoría objetiva reside en la negación absoluta del hecho evidente de que la ley obtiene su fuerza del acto legislativo fundador y que éste no es ajeno a una cierta manifestación de voluntad. Además, su admisión sin restricciones implica el peligro de que la adaptación constante de la ley a las necesidades de cada momento “sea librada al azar de los casos sometidos al juez y culmine en resultados indeseados”.

### 3. Criterio mixto

- 506 Fuera de que, debido al carácter práctico del derecho, hay que considerar, de manera necesaria, los casos concretos y responder a sus exigencias actuales, la separación radical de las concepciones subjetiva y objetiva es artificiosa. El intérprete no puede indagar sobre los diversos sentidos posibles del texto legal, sin plantearse la cuestión de cuál de éstos corresponde mejor al caso concreto; salvo que lleve a cabo una interpretación especulativa o teórica. También es engañosa en la medida en que se basa en la separación ficticia de la voluntad con que se estatuyó la norma y el mensaje que se quiso transmitir. La voluntad es un fenómeno del “mundo interno” del “legislador”. Para conocerla se tiene que recurrir a las palabras que

---

<sup>131</sup> LARENZ, 1980, p. 250; ROSS, 1970, p. 117, dice: “establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un objetivo”.



constituyen el medio por el que se expresa el pensamiento. Por su parte, el mensaje comunicado no tiene un sentido objetivo independiente del medio por el que es manifestado.

La intención que es un fenómeno del mundo interno del legislador es “fundamentalmente inaccesible”<sup>132</sup>. Gioja afirmó, refiriéndose a la comprensión del espíritu del legislador -expresión con la que denomina la voluntad- que “salvo que uno tenga algunas dotes metapsíquicas muy especiales, uno no puede entrar en el espíritu del legislador, sino a través de ciertas manifestaciones externas que él haga. Las manifestaciones externas más comunes que tiene el legislador son hablar o escribir”<sup>133</sup>. Comprender el mensaje no consiste en descubrirlo. Esta comprensión varía según los elementos tenidos en cuenta: tanto aquellos presentes en el momento en que fue expresado como los existentes en el momento en que es comprendido. Voluntad y comunicación constituyen dos aspectos de un mismo fenómeno: de un lado, la primera se concreta en la segunda y, de otro, ésta expresa y hace conocer la primera. 507

Para entender mejor esta situación es preciso recordar que toda interpretación está precedida de una “comprensión previa del texto (precomprensión), que supone el conocimiento -entre otros factores- de las circunstancias sociales y de las concepciones jurídicas y políticas que han condicionado el nacimiento” del texto en cuestión<sup>134</sup>. Lo que permite poner en evidencia la manera de como la idea del legislador se impone “según la situación concreta”, en la que se trata de comprender la norma para su aplicación. En esta perspectiva, la actividad del intérprete no puede ser concebida como el descubrimiento de un sentido que se le impondría, sino como la producción de un sentido determinado por su situación. 508

En la medida en que se reconocen las leyes positivas como fuente del derecho, la intención del legislador debe ser tomada en consideración para adscribir un sentido a las disposiciones legales<sup>135</sup>. Sin embargo, este proceso está condicionado por los criterios de interpretación reconocidos. Además, la intención del legislador no es el único factor orientador de la actividad del intérprete y tampoco basta para legitimar el resultado de la interpretación. 509

<sup>132</sup> ROSS, 1970, p. 117.

<sup>133</sup> GIOJA, 1993, T.II, p. 264.

<sup>134</sup> GADAMER, 1972, p. 425 ss., 478 ss.

<sup>135</sup> RAZ, 1997 p. 199 ss, en particular p. 232.

- 510 No existe, en consecuencia, perspectiva puramente subjetiva u objetiva. Si se prefiere seguir hablando de teorías subjetiva y objetiva, debe cambiarse el criterio de clasificación. Este consiste en considerar a qué elementos recurre el intérprete para determinar el sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hecho, ligadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación, diremos que la interpretación es concebida de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva<sup>136</sup>.
- 511 Ambos criterios deben ser empleados, por cuanto son útiles para establecer el significado de la ley, objeto de la interpretación. Larenz<sup>137</sup> ha señalado muy bien que es necesario lograr una síntesis, pues, la ley como voluntad expresada del legislador lleva en sí los caracteres de su tiempo, pero como ley ahora vigente se transforma con el tiempo. Ambos elementos tienen la misma gran significación, el intérprete debe tener en cuenta ambos<sup>138</sup>.

#### 4. Doctrina y jurisprudencia nacionales

- 512 En la doctrina penal nacional, las opiniones no son muy claras. Así, por ejemplo, se sostiene que “se trata de captar a través del conocimiento el exacto sentido de la ley, su verdadera voluntad, es decir la voluntad que late autónomamente dentro de la ley. No se busca la voluntad del legislador sino de la ley, que es cosa distinta”<sup>139</sup>. De las sentencias publicadas no se puede deducir una concepción coherente y con cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos los jueces recurren de manera indiscriminada y diversa a los diferentes criterios. Si bien la tendencia predominante es la de interpretar literalmente el texto legal, algunas veces se alude a la “voluntad del legislador” o la “voluntad de la ley”. Los ejemplos que damos al presentar<sup>140</sup> los criterios interpretativos muestran esta confusión en la manera de concebir la comprensión y la aplicación de la ley.
- 513 Por ejemplo, en una antigua ejecutoria referente a la bigamia, se pronunció sobre el problema de saber si en el art. 214 del Código derogado (art. 139 del Código vigente) la palabra matrimonio se refería tanto al civil como al

---

<sup>136</sup> ROSS, 1970, p. 118.

<sup>137</sup> LARENZ, 1966, p. 87 ss.

<sup>138</sup> Cfr. GERMANN, 1967, p. 47 ss.

<sup>139</sup> PEÑA CABRERA, 1995, T. I, p. 207.

<sup>140</sup> Cfr. *infra* N° 515 ss.

religioso. Se sostuvo que “aun cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador -argumentaron nuestros jueces supremos- al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos”<sup>141</sup>. Sin embargo, ha predominado el criterio restrictivo, sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil. En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa en particular del texto legal, en sentido figurado habla de “la doctrina que establece el Código Penal” o la ley.

Un cambio importante se ha dado debido a la labor del Tribunal Constitucional<sup>142</sup>. En sus decisiones se percibe una concepción más clara sobre la interpretación. Esto se debe a la misma índole de estas resoluciones y de sus objetivos. Su lectura resulta interesante, además, porque permite percibir la manera como son empleados los diversos criterios interpretativos<sup>143</sup>. 514

## VI. Métodos de interpretación

En doctrina, se mencionan diversos métodos o argumentos interpretativos. Estos están concebidos, comúnmente, como procedimientos o técnicas utilizados para atribuir a los textos legales un significado. Desde otra perspectiva, se puede decir, así mismo, que justifican la atribución de un sentido a un texto legal. Son admitidos de manera amplia por los juristas, aun cuando no estén siempre de acuerdo sobre su índole y el papel que desempeñan. A veces, han sido regulados en la ley por considerarse que era conveniente orientar a los jueces sobre la manera de determinar el sentido de las normas. Sin embargo, aún en estos casos, no se trata de directivas a las que debe someterse automáticamente el juez o el intérprete en general. La regulación legislativa de algunos de estos métodos ha tenido, así mismo, 515

<sup>141</sup> ES del 8 de junio de 1940, en AJ 1940, p. 59.

<sup>142</sup> Ver el Anuario de Derecho Penal de 2005, consagrado a la Interpretación y aplicación de la ley penal, en particular los artículos de LANDA. 2006, p. 75 ss. y GARCÍA TOMA, 2006, p. 173 ss.

<sup>143</sup> Respecto a las disposiciones penales sobre terrorismo, véase la STC del 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

la finalidad de darles la prioridad respecto a los demás. Esto está condicionado por las concepciones que se adopten sobre el derecho y la interpretación; por ejemplo, el considerar como prioritario el recurso al método literal suponía reforzar la posición de la autoridad de quien dicta las leyes y limitar fuertemente la facultad discrecional del órgano jurisdiccional.

- 516 La búsqueda del sentido de la norma que se interpreta no está, en consecuencia, determinada por el método. Por el contrario, éste depende de lo que se quiera encontrar; en otras palabras, el método está en función de lo que se indaga<sup>144</sup>. La diversidad de los objetivos con que se interpreta hace que nuestro sistema se caracterice por la pluralidad de métodos.
- 517 Debido a que se considera, cada vez de manera más amplia, que la interpretación no es un mecanismo con el que se descubre el verdadero y único sentido de la norma, se va imponiendo el criterio de percibir dichos métodos de interpretación, sobre todo, como elementos retóricos empleados por los jueces u otros intérpretes para desarrollar su argumentación de justificación del sentido que han otorgado a la disposición legal interpretada<sup>145</sup>. En esta perspectiva, hay que admitir que la determinación de este sentido no depende de la manera como se utilicen los métodos de interpretación. Conforme a lo indicado antes, la labor interpretativa desemboca siempre en una diversidad de resultados, entre los cuales debe escogerse el adecuado al caso concreto y, por tanto, también al ordenamiento jurídico. La solución está en la apreciación de valor, que es un factor externo al ámbito jurídico.
- 518 En derecho penal, todos los métodos de interpretación son aplicables. Sin embargo, a diferencia de los demás ámbitos jurídicos, deben utilizarse dentro de los límites establecidos por el principio de legalidad. De acuerdo con la perspectiva adoptada para precisar la semántica de las normas legales<sup>146</sup>, se distinguen el método gramatical o lingüístico, el histórico, el sistemático o conceptual y el teleológico o político. Es oportuno advertir que la terminología utilizada para mencionarlos no es uniforme.

### **1. Método literal o gramatical**

- 519 Constituyendo el lenguaje el medio por el que se establecen las disposiciones legales, no sorprende que haya acuerdo en admitir que el

---

<sup>144</sup> CAPELLA, 1999, p. 134.

<sup>145</sup> VERNENGO, 1996, p. 254.

<sup>146</sup> CAPELLA, 1999, p. 140.

primer factor que debe tenerse en cuenta es, precisamente, la expresión lingüística. El punto de partida es, por lo tanto, el análisis del sentido literal. Como ya hemos afirmado, con reserva respecto a la terminología utilizada, “lo que parece evidente es que el espíritu [se] descubre a través de la letra”<sup>147</sup>.

Según la manera tradicional de percibir el método gramatical, se trata de la forma más simple de interpretación y consiste en indagar por el significado inmediato vinculado al uso común de las palabras<sup>148</sup>. Estas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Sin embargo, como ya lo hemos visto, las palabras no poseen un sentido de esta índole. En su mayor parte, son ambiguas, vagas; su campo de referencia no está definido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a esto, mediante el esclarecimiento del sentido literal sólo puede lograrse fijar, más o menos, la amplitud de la expresión lingüística. El problema consiste en saber si el elemento literal (enunciado que prescribe) constituye un elemento independiente de los demás factores (histórico, sistemático y funcional) o si sólo es el resultado obtenido recurriendo a todos éstos. Si lo último fuera cierto, el enunciado legal no puede constituir un límite absoluto de la interpretación. Para determinar qué contenido semántico hay que darle, es indispensable adoptar las otras perspectivas concernientes a los restantes métodos. Pero, esto no implica que, al final del proceso interpretativo, no sea posible concluir confirmando que el sentido que deba adscribirse al texto legal sea el sentido literal.

Con el fin de ilustrar lo que hemos afirmado, resulta útil presentar una ejecutoria suprema<sup>149</sup>, a pesar de que, por un lado, se refiere a la aplicación del art. 199 del Código derogado y, por otro, a que el problema de fondo no es más de actualidad porque el texto previsto en el indicado artículo no ha sido conservado en el nuevo Código. El caso concreto juzgado era el de un menor de catorce años de edad que practica el acto análogo al sexual con un pederasta, quien hace de pasivo.

<sup>147</sup> GIOJA, 1993, T.II, p. 264

<sup>148</sup> GUESTINI, p. 359 ss.

<sup>149</sup> ES del 2 de octubre de 1973, en BJ, N° 11-12, p. 440 ss. El análisis que se hace debe ser apreciado teniendo en cuenta que el art. 199 del Código fijaba, entonces, en 16 años el límite máximo de la edad del sujeto pasivo; el mismo que fue rebajado a 14 años, mediante el DL N° 18140, del 10 de febrero de 1970.

- 522 El Tribunal Correccional, en primera instancia, condenó al homosexual a una pena privativa de libertad, como cómplice del delito de violación de menores. Consideró al menor como autor y víctima del delito. Dejemos de lado las críticas que merece esta solución y retengamos sólo que el Tribunal invocó el art. 199 del CP de 1924.
- 523 Al verse en la Corte Suprema este caso, se sostuvieron tres criterios distintos. En primer lugar, en la Resolución suprema se dice que, siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años de edad que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito de atentado contra el pudor, previsto en el art. 200 del mismo Código. En segundo lugar, un primer voto en discordia afirmó que este hecho constituye el delito de violación presunta, “porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, y que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos códigos y a las circunstancias de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo en el acto sexual”. En tercer lugar, un segundo voto en discordia sostuvo que el art. 199, al referirse a “hacer sufrir el acto sexual o el acto análogo a un menor”, reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, que en el caso presente es, precisamente, el encausado; llegándose a afirmar que no es de aplicación ni el art. 199 ni el 200 (CP de 1924) sino que debe castigarse al pederasta de acuerdo con el art. 85 del Código de Menores, entonces vigente, que reprimía la incitación a actos inmorales.
- 524 El mencionado art. 199 preveía: “El que hiciere sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor”. Las discrepancias existentes entre la Resolución suprema y los votos discordantes tuvieron su origen en un problema de lenguaje. Se trataba de saber qué significaba “hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo”. En el caso del ejemplo, vemos que la Resolución suprema hacía referencia expresa a que el agraviado actuó como sujeto activo en el acto sexual. El primer voto en discordia señaló, expresamente, que las dudas para encuadrar ese comportamiento como violación de menores, se debían a los vocablos empleados en muchos códigos (se quiso decir, en nuestros códigos) y además al hecho de que el agraviado hizo de sujeto activo en el acto carnal. En el segundo voto, se hizo, también, referencia al papel de incubo o súcubo desempeñado por el acusado (homosexual).
- 525 Todo el problema giraba en saber que significaba la frase “hacer sufrir el acto sexual”, o si se prefiere, qué cosa era lo que quería decir la ley, qué había

querido estatuir con ella el legislador. En la Resolución suprema analizada, se sostenía que el acto imputado al pederasta pasivo era un “atentado contra el pudor del menor” y no violación, en base a que se estimaba que el sujeto activo del acto sexual o análogo debía ser siempre el sujeto activo del delito, y que el sujeto pasivo debía ser, así mismo, el sujeto pasivo del delito. Esta opinión parece basarse en el criterio “machista” de que el sujeto pasivo “padece” el acto sexual.

En el segundo voto en discordia, se rechazó la aplicación de los arts. 199 526 (por las mismas razones en que se basó la ES) y 200, por faltar en el caso de autos “los elementos típicos que configuran la infracción”. Sus sustentadores afirmaron que era de aplicación el art. 85 del Código de Menores (incitación a actos inmorales). En el primer voto en discordia, se sostuvo, por el contrario, que era de aplicación el art. 199.

Si bien no se puede afirmar que la respuesta conveniente se justificaría sólo 527 mediante el análisis del lenguaje de la ley, cabe admitir que éste nos da la clave para encontrarla. Para esto, es indispensable referirnos a la fuente legal del art. 199: los proyectos suizos de 1916 y 1918.

El art. 199 era una traducción del art. 131 del Anteproyecto suizo de 1916. 528 En el texto francés de esta disposición -que fue consultado por el legislador peruano-, se empleaba la frase “*faire subir*” cuya traducción literal es, precisamente, “hacer sufrir”. La connotación emocional que tiene esta frase española, no la tiene la frase francesa. En español, “hacer sufrir” significa “hacer padecer”, esto es hacer que una persona soporte con resignación y paciencia un daño moral o físico; en cambio, la expresión francesa significa, también, “someter de grado o fuerza” a una persona. Es en este sentido de someter por la fuerza que el legislador utilizó la frase “hacer sufrir”. No se trataba de averiguar si el sujeto pasivo “padecía o no el acto sexual”. La clave estaba en constatar si el acto sexual o análogo había sido impuesto a la víctima del delito (que no es siempre el sujeto pasivo del acto sexual o análogo).

Los jueces supremos -en el momento de resolver el caso- cuestionaron una 529 serie de aspectos superfluos; por ejemplo, que el menor en forma alguna había sido presionado para realizar en la persona del encausado el acto análogo al sexual; que este último había actuado como sujeto pasivo; que el menor tenía plena libertad para aceptar o rechazar la “inmoralidad” propuesta. Pero el art. 199 no exigía que el acto sexual (o análogo) se realizara

contra la voluntad del menor; preveía, justamente, una forma de violación presunta. Es decir, que al menor se le consideraba incapacitado para prestar su consentimiento y todo aquel que practicase el acto sexual o análogo en su persona cometía un acto que la ley presumía no querido por éste, ya que ésta lo consideraba incapaz de prestar el consentimiento. Y, esto aun cuando el menor haya incitado y/o aceptado voluntariamente la realización del acto sexual.

- 530 Cuando en uno de los votos dirimientes se hizo referencia a que -para aplicar el art. 199- el sujeto pasivo del delito debía ser siempre el sujeto pasivo del acto sexual, se distinguía donde la ley no hacía distinción alguna. Además, si se hubiera analizado el art. 199 en relación con el delito de violación de mujeres mayores de edad (art. 196 del Código derogado), se hubiera percibido otro sentido de la expresión “hacer sufrir el acto sexual”. En el mencionado art. 196, se decía: “El que mediante violencia o amenaza hiciere sufrir el acto sexual”. Es decir, “hacer sufrir el acto sexual” implicaba, en realidad, someter a la mujer mediante violencia o amenaza para que practicara el acto sexual fuera del matrimonio. Siendo la mujer capaz de prestar su consentimiento, para la realización del acto sexual, el legislador debió indicar el medio: la violencia y la amenaza. En el art. 199, sin hacer referencia a medio alguno, se empleó la frase “hacer sufrir...”. Esto se debe a que suponía en estos casos que el simple hecho de practicarlo con menores de 16 años, ya significaba cometerlo contra su voluntad. El menor era incapaz de prestar su consentimiento. De esta manera quedó en evidencia la imprecisión de la frase “hacer sufrir...”. Tenía un núcleo muy claro: someter por violencia a una mujer para practicar el acto sexual; pero, también una zona de penumbra: el pederasta pasivo que se hace practicar el acto análogo por un menor. En estos casos, se habla de “interpretación extensiva”<sup>150</sup>.
- 531 Para precisar el sentido de las disposiciones que debían aplicarse, era necesario recurrir a los otros criterios de interpretación, en particular al sistemático y al histórico. Así, el resultado de ésta sería coherente con el conjunto de las normas.
- 532 Otro ejemplo interesante, esta vez tomado del Código vigente, es el referente al art. 194 que prevé el delito de receptación y en el que se dice que el autor “debía presumir que (la cosa) provenía de un delito”. La cuestión

---

<sup>150</sup> Cf: *infra* N° 566 ss.



es precisar si de esta manera se hace referencia, por ejemplo, sólo a quien acepta como regalo parte de las joyas robadas por un tercero o también a quien acepta regalos adquiridos con el producto de la venta del botín. La respuesta no se puede obtener mediante la simple interpretación literal ya que la frase: “debía presumir que provenía de un delito” no tiene un significado objetivo, natural. Muy por el contrario, puede ser comprendida, por lo menos, de dos maneras: por un lado, sólo en el sentido de que se trata de la cosa proveniente de manera directa del delito cometido (p. ej., la cosa de la que el agente se ha apoderado cometiendo un hurto) y, por el otro, abarcando, además del caso indicado, el consistente en que el encubridor se limita a beneficiarse indirectamente de la cosa que proviene de un delito. No recibe, por ejemplo, las joyas robadas, sino parte del producto obtenido con su venta (conociendo su origen ilícito).

Si el art. 194 se aplica o no a quien ha actuado de acuerdo con la segunda hipótesis depende del contenido semántico que se dé a la frase “proviene de un delito”. Literalmente, “provenir” significa proceder, originarse una cosa de otra. “Origen”, significa principio, nacimiento y causa de una cosa. Debido a esta ambigüedad en el lenguaje, hay que enfocar el problema desde otras perspectivas, por ejemplo la sistemática y la histórica. El antecedente del art. 194 es el art. 243 del CP de 1924, cuyo texto es casi textualmente conservado. La fuente legal del art. 243, en cuanto al tipo legal, es el art. 125 del Proyecto suizo de 1918 que ya figuraba en el texto de agosto de 1915 (art. 129), en el de 1908 (art. 87) así como en el art. 144 del Código helvético de 1942 (art. 160 de la versión vigente). Los expertos que redactaron este texto afirmaron que sólo puede ser objeto del delito la misma cosa obtenida mediante la primera infracción y no el producto de su venta. Así mismo, estuvieron de acuerdo en que no es necesario establecer si el delincuente obró por un móvil de lucro. Contra esta opinión, la doctrina y la jurisprudencia suizas admiten el criterio opuesto favorable a reprimir el pseudo encubrimiento. Ni el factor histórico relativo a la voluntad de quien elaboró la disposición, ni el propio texto suizo permiten responder a la cuestión de manera definitiva. 533

En nuestro medio, una razón para rechazar el primer criterio reside en el hecho de que nuestro legislador ha incorporado a los delitos contra la administración de justicia la infracción en la que el agente actúa “procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o escondiendo los efectos del mismo; en este caso, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días” (art. 405). Esta disposición tiene 534

como precedente el art. 332 del CP de 1924, que había sido establecido teniendo en cuenta el art. 16, inc. 2, del CP de 1879. Según esta norma, el encubrimiento era reprimido en todas sus formas como un tipo de participación; en los Códigos de 1924 y 1991, por el contrario, lo es a título de infracción independiente: primero, como receptación, dentro de los delitos contra el patrimonio; y, segundo, como encubrimiento real, en los delitos contra la administración de justicia.

- 535 Lo que interesa respecto al tema que tratamos es la diferencia lingüística existente entre el art. 194 y el art. 405. En el primero, se hace referencia a un bien que el delincuente “debía presumir que provenía de un delito” y, en el segundo, que actúe ocultando “los efectos del mismo [del delito]”. Significa esto que el legislador emplea distintas formas lingüísticas para referirse a un mismo objeto de la infracción ¿”Cosa que proviene de un delito” es lo mismo que “efectos del delito”? En doctrina, se admite que lo único que diferencia ambos comportamientos es el móvil con que actúa el agente: en un caso, el de obtener un provecho; en el otro, el de dificultar la persecución judicial, desinteresadamente y en beneficio del delincuente. En este sentido, para aplicar el art. 194 es necesario comprobar que el encubridor actuó con el afán de obtener provecho. Esta opinión doctrinal es el resultado de la interpretación de los juristas y ha sido alcanzada indagando sobre las fuentes y las conexiones de la disposición con otras. Sin embargo, esta búsqueda no permite responder de manera firme sobre los alcances de la frase “provenir de un delito”. Lo cual nos demuestra además que la perspectiva sistemática o conceptual se encuentra muy relacionada con la doctrina.
- 536 Todo lo dicho, no implica sin embargo negar la existencia de reglas, supuesto indispensable de la interpretación. Reglas que, en cuanto formulaciones lingüísticas, constituyen el punto de partida de la interpretación. Este aspecto de las reglas es un factor esencial, tanto en la determinación de los límites de ésta, como también en la creación de problemas de interpretación.
- 537 Por último, en este dominio, se olvida con frecuencia que muchas veces (p. ej., en los casos de redacción defectuosa o de error material) la determinación del texto se hace mediante la interpretación. En estos casos resulta bastante arduo aceptar que el texto es el que la condiciona o limita. Cuando estas versiones difieren, la declaración de cuál es el texto que debe ser aplicado es el resultado de la interpretación. Es decir, se precisa críticamente el texto legal.

## 2. Método sistemático

Según este método, la disposición legal es interpretada recurriendo a diversos argumentos y técnicas con referencia, por ejemplo, al lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico, al hecho de que los términos son utilizados por el legislador en el mismo sentido o con significaciones diversas de modo constante, a la circunstancia de que debe atribuirse el significado que concuerde mejor con aquel dado a otras disposiciones jerárquicamente diferentes o al hecho de que se recurra al argumento de la coherencia del sistema jurídico para evitar contradicciones normativas. Es decir, se trata de adscribir un sentido a la ley teniendo en consideración el contexto jurídico de la regla. El primer y fundamental problema que se presenta es, en efecto, la delimitación de este contexto jurídico que puede ser circunscrito a las disposiciones cercanas a la regla en cuestión o ampliado a disposiciones pertenecientes a otros dominios del derecho y aún a los principios generales. 538

La comprensión del método sistemático muestra que no se puede distinguir de manera radical cada uno de los métodos o argumentos interpretativos. De modo que debe ser caracterizado porque su objetivo principal es hacer posible la coherencia del ordenamiento jurídico<sup>151</sup>. 539

El punto de partida del análisis sistemático es, por tanto, la idea de que el sistema jurídico<sup>152</sup> es un todo coherente y que comprende tanto la ley escrita y la costumbre, como los principios y valores que pueden ser deducidos de las mismas. El postulado de la plenitud del sistema jurídico reemplaza al de la plenitud de la ley escrita, cara a los partidarios del positivismo formal y de la exégesis. Frente a las lagunas, insuficiencias, obscuridades de las leyes o de las disposiciones legales, el juez no puede retardar ni denegar la administración de justicia “bajo pretexto de defecto o deficiencia en la ley” (art. 422). Es decir, debe establecer la norma que le permita resolver el caso *sub iudice*. En estas circunstancias, se comporta como si el derecho fuera coherente, completo, carente de ambigüedades, justo y susceptible de conducir a una sola solución. Atribuyendo al legislador la conclusión que él escoge como justa para el caso particular, el juez la presenta como compatible con el conjunto del sistema jurídico. Aun cuando luego deba poner en conocimiento de la Corte Suprema las insuficiencias encontradas para que, si es el caso, ejercite su iniciativa legislativa. 540

<sup>151</sup> SOLER, 1962, p. 110 ss.

<sup>152</sup> ALCHOURON/BULYGIN, 1975, p. 23; CONSTANZO, 1992, LAZZARO, 1970, p. 459.

- 541 Sin embargo, tampoco hay que caer en el extremo de sostener, confrontándolo con los hechos, que el derecho es desordenado y contradictorio. De lo que se trata más bien es de poner en evidencia que afirmar su coherencia y plenitud absolutas, significa admitir una ficción que sólo resulta útil para ignorar la complejidad de la realidad social, su permanente cambio y el conflicto de intereses o valores de la comunidad. Es necesario, por el contrario, tener en cuenta la tensión existente entre las reglas y el orden social. Y, por último, que las relaciones innegables que tienen entre sí las reglas constituyen un elemento decisivo para la interpretación.
- 542 En la práctica judicial, se recurre al criterio sistemático, con cierta frecuencia, en los casos en que el texto legal contiene una expresión que también es utilizada en ámbitos diferentes al derecho penal. Por las connotaciones constitucionales que tiene es interesante plantear las dificultades que comporta la comprensión de los términos funcionarios y servidores públicos, que son empleados para caracterizar a los sujetos activos de los delitos contra la administración pública.
- 543 Teniendo en cuenta las dificultades que podrían tener para la aplicación de las disposiciones referentes a dichos delitos, el legislador peruano, como muchos otros, consideró conveniente prever quienes debían ser considerados funcionarios públicos o servidores públicos. Para los efectos de nuestro ejemplo, nos basta indicar que en el art. 425, inc. 3, se menciona a quienes “independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”. Así mismo que la enumeración establecida no es exhaustiva, pues, esta disposición contiene, en su último inciso, una cláusula integradora que se refiere a los demás casos “indicados por la Constitución Política y la ley”.
- 544 En el caso del delito de peculado, reprimido por el art. 387, la condición esencial es que el autor sea funcionario o servidor público. Si no hubiera sido establecida la regla en el art. 425, inc. 3, se hubieran presentado dificultades para saber si el art. 387 es también aplicable a empleados de empresas estatales y empresas mixtas (capitales privados y públicos). Debiendo ser considerados, por la ley, funcionarios o servidores públicos, los jueces debían calificarlos, cumplidas las demás circunstancias previstas en el tipo legal, como autores de peculado. Las dudas surgieron con la entrada en vigor de la Constitución de 1993. En su art. 40, pf. 2, se dispone que “no

están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

La Corte Suprema ha considerado que la disposición constitucional deja sin efecto lo dispuesto en el art. 485, inc. 3 y que, por tanto, dichos empleados no pueden ser sujetos activos del delito de peculado. De esta manera, se adscribe al texto constitucional un sentido amplio, según el cual la exclusión de esas personas de la categoría de funcionarios y servidores públicos es válida para todo el ordenamiento jurídico. Esta interpretación consiste en asumir el sentido que se da al texto mediante la simple lectura, dejando de lado otros posibles. Uno de éstos ha sido planteado en algunas decisiones de la misma Corte Suprema. En este caso, luego de señalarse la insuficiencia de no ir más allá del sentido literal, se sostiene que la finalidad del pf. 2 del art. 40 Const. no es determinar quienes son funcionarios o servidores públicos, sino sólo precisar algunas cuestiones de orden administrativo. La más destacada sería la de fijar los alcances de la Ley N° 20530, relativa a la homologación del sistema de pensiones de por vida. Este argumento es reforzado mediante la comprensión sistemática de la Constitución, en el sentido de que no es coherente que, por un lado, se prevea un sistema de control estricto sobre la utilización de los fondos estatales (arts. 41 y 82 Const.) y se establezca que el Estado puede, de manera subsidiaria, realizar actividades empresariales directa o indirectamente (art. 82 Const.) y, por otro, se excluya de dicho control un buen número de empleados de empresas estatales o de economía mixta que pueden causar graves perjuicios al patrimonio público. La argumentación es de orden teleológico porque se orienta a tener sobre todo en cuenta la finalidad del art. 40, pf. 2, de la Carta Magna. 545

De igual manera, debe enfocarse la interpretación del art. 485. La enumeración de las personas que deben ser consideradas como servidores o funcionarios públicos, en relación con los delitos contra la administración pública, está condicionada por la finalidad de proteger mejor los intereses públicos y, sobre la base, de la relativa autonomía del derecho penal, en el sentido de que puede regular categorías de manera autónoma y de acuerdo con sus objetivos. Así, aun cuando se utilice la misma terminología (posesión, lesión, funcionario, menor, etc.), el contenido puede ser diferente. 546

El criterio opuesto ha sido sostenido en una decisión por otros jueces de la Corte Suprema, en tanto que miembros de la Sala Penal. Desestimando una de las excepciones de naturaleza de juicio, interpuestas a raíz de la 547

sentencia penal antes presentada, los jueces afirman “que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales”<sup>153</sup>.

### 3. Método histórico

- 548 Los que atribuyen a la interpretación un carácter subjetivo, no hacen sino privilegiar el método histórico. Es decir, tratan de buscar la voluntad del legislador histórico o, de manera menos rígida, la voluntad reconocible (noción que permitiría corregir las imprecisiones cometidas por el legislador histórico). Así, se trata de determinar qué concepciones inspiraron a quienes redactaron y aprobaron el texto, cuáles fueron las finalidades que se propusieron alcanzar. También, se busca delimitar el contexto social en que tuvo lugar el proceso legislativo<sup>154</sup>. Con estos objetivos, se recurre a todos los materiales que hagan posible esta indagación histórica, cuyos resultados pueden facilitar la atribución de un sentido al texto que se interpreta. Entre dichos materiales, deben considerarse, por ejemplo, los documentos escritos que contienen datos sobre los trabajos preparatorios (proyectos, exposición de motivos, mensajes, actas de las comisiones o de los debates parlamentarios, etc.).
- 549 El método histórico puede permanecer al nivel del esclarecimiento del texto mediante el análisis de los datos referentes a la manera como se ha utilizado el lenguaje, conforme a la época de los trabajos legislativos, para expresar el mandato legal. Sin embargo, puede también consistir en recurrir sobre todo a la determinación del fin perseguido por el legislador, lo que supone tener en cuenta la “*ratio legis*”. En una u otra perspectiva, resulta claro que una separación radical del método histórico respecto al literal o gramatical, al sistemático o al teleológico no es fácil de practicar. Esto confirma una vez más que debe recurrirse indistintamente a todos los argumentos interpretativos, teniendo en cuenta que están muy relacionados.
- 550 La eficacia del método histórico está, manifiestamente, vinculada con la mayor o menor posibilidad de contar con las fuentes documentales necesarias. Si en relación con una ley, recientemente discutida y aprobada, es más fácil indagar sobre las opiniones, los valores de quienes la elaboraron y

---

<sup>153</sup> ES del 27 de noviembre de 1997, Sala Penal, Exp. N° 4574-96.

<sup>154</sup> ZIPPELIUS, 1980, p. 54; COING, 1972, p. 30.

aprobaron; esta tarea resulta más ardua respecto a leyes antiguas. Además, hay que considerar que, en función de la manera como sea utilizado, el método histórico puede desembocar en una interpretación conservadora, en la medida en que sirve para impedir una actualización del texto legal mediante la defensa de los viejos criterios que justificaron su adopción. Por último, hay que destacar que los trabajos preparatorios no informan siempre de manera certera sobre las ideas y valores del legislador, sobre todo cuando se trata de un cuerpo colegiado en el que sus miembros aprueban la ley por motivos y razones diferentes. Sin embargo, es innegable, que si bien el recurso a las distintas fuentes de información sobre la elaboración del texto legal, puede servir para esclarecer su contenido (medio auxiliar de interpretación), con frecuencia es utilizado “para aportar argumentos en favor de la decisión tomada a la luz de un texto presumido claro.

De modo que el juez no está obligado a tener en cuenta los trabajos preparatorios. Dispone, por el contrario, de una gran autonomía en la utilización de las informaciones jurídicas y axiológicas contenidas en esos trabajos, las que pueden serle útiles para aplicar la ley al caso concreto, como también para ordenar de modo correcto los motivos justificantes de su decisión. 551

#### 4. Método teleológico

El método teleológico consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del derecho en general o de un instituto; en relación con lo último se señalan “la naturaleza de las cosas”; “la equidad”, “seguridad”, etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades político-sociales que la norma instrumenta y, así mismo, del contexto social en el que ésta ha de producir sus efectos<sup>155</sup>. En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley con la “finalidad actual del precepto” (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo habrá que preguntar qué fin puede tener razonablemente una regulación; para lo que habría que tener en cuenta los fines objetivos del derecho. 552

Sin embargo, hay que admitir que no siempre se puede establecer sin equívoco el propósito de una ley y, en el caso de identificarlo, no proporciona la 553

<sup>155</sup> DU PASQUIER, 1988, p. 189; CAPELLA, 1999, p. 143.

única guía de la actividad legislativa. Por esto, es preferible considerar que la interpretación teológica consiste en la “integración de una multiplicidad de valoraciones; y, el propósito de la ley solamente indica una consideración única de esa multiplicidad”<sup>156</sup>.

- 554 Cuando se habla de método teleológico, se piensa más bien en la finalidad actual de la ley o de la disposición legal. Se trata entonces de determinar, teniendo en cuenta los objetivos del derecho, qué fines pueden atribuirse de modo sensato a la disposición legal. El intérprete puede así encontrar la solución del caso concreto de acuerdo con la escala de valores consagrada en el orden jurídico. Se habla en este caso de *ratio legis*, “razón de ser de la ley”.
- 555 La terminología y los criterios utilizados para definir el método teleológico no se caracterizan, ni por su claridad, ni por su precisión. Buscando esclarecer la situación, Perrin pretende que “conviene, al menos teóricamente, distinguir la *ratio legis*, que es el espíritu en el sentido verdadero, del fin propiamente dicho que es el objetivo general de la política legislativa perseguido por el autor de la ley”<sup>157</sup>. Así, la *ratio legis*, examen atento de los intereses efectuado por el legislador para alcanzar el fin general de la política legislativa, no se confundiría con este último, mucho más amplio.
- 556 Desde una perspectiva semejante, la Corte Suprema ha afirmado en una de sus decisiones “que la interpretación legal no puede ser simplemente literal, sino teleológica, es decir buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales”<sup>158</sup>.
- 557 La manera como han sido regulados los comportamientos delictuosos previstos en los arts. 194 y 405, constituye un buen ejemplo de la finalidad perseguida por el legislador. Mediante el art. 194, busca proteger el bien jurídico patrimonio, evitando que el agente continúe, perpetúe el daño ocasionado por el primer delincuente. En el art. 405, por el contrario, trata de proteger el bien jurídico “buena administración de justicia”. El agente actúa para entorpecer la acción de la justicia<sup>159</sup>. La comprensión cabal del significado de las normas, por tanto, es alcanzada teniendo en cuenta el fin perseguido.

---

<sup>156</sup> ROSS, 1970, p. 142, quien prefiere hablar de interpretación pragmática.

<sup>157</sup> PERRIN, 1989, p. 249.

<sup>158</sup> ES del 27 de noviembre de 1997, Sala Penal, Exp. N° 4574–96.

<sup>159</sup> SOLER, 1976a, T. V., p. 249.



- La problemática referente a los fines de la ley está, en realidad, influenciada por la manera de tratar la dualidad entre la letra y el espíritu. El punto de partida es “que una oposición puede existir entre la ‘letra’ y el ‘espíritu’ de la ley, entre el sentido literal y el pensamiento que debía ser expresado”. El primero se comprende como el sentido que se confiere a la ley respetando la letra y, el segundo como el sentido que es conforme al espíritu de la regla<sup>160</sup>. 558
- El intérprete dispondría así de dos puntos de apoyo: primero, el sentido que se confiere a la ley corresponde al mandato precisado respetando la letra y, segundo, el sentido que es conforme al espíritu de la regla. De esta manera existirían “dos legalidades legítimas”<sup>161</sup>. La regla deducida así por el intérprete está “virtualmente contenida en la ley”<sup>162</sup>. De manera que, en el dominio penal, junto a las incriminaciones expresas (*Gesetzstatbestände*), existirían incriminaciones que se deducen de una “justa interpretación de la ley”; es decir, según el espíritu de la disposición (*Auslegungstatbestände*)<sup>163</sup>. 559
- Los inconvenientes de este tratamiento comienzan con la marcada ambigüedad propia al término espíritu y aumentan porque se habla también del espíritu del legislador o del espíritu de la época en que la ley fue establecida o es aplicada. 560
- Estas imprecisiones, que hacen dudar de una noción tan manida como la del “espíritu de la ley”, ocultan, en buena parte, por un lado, los problemas relativos en general al derecho, a la actividad de los juristas y a la significación de sus funciones; y, por otro, cuestiones más concretas relacionadas con la interpretación y el método teleológico. Entre estas últimas hay que considerar, por ejemplo, la referente a los límites de la interpretación y la concerniente a la jerarquía de sus métodos. 561
- El espíritu de la ley, comprendido como el “sentido verdadero conforme a la lógica interna y al fin de la disposición en cuestión”, es aquel que corresponde implícitamente al contenido de la norma y resulta siempre de la interpretación. Es decir, el sentido obtenido, luego de ordenar y precisar 562

<sup>160</sup> En teología, se distingue, de un lado, la exégesis -interpretación estricta y literal del texto bíblico- y de otro lado, la hermenéutica -búsqueda de la verdad espiritual oculta en el texto-; Cfr. TWINING/MIERS, p. 225. Sobre el origen de esta pareja dicotómica, Cfr. LUZZATI, 1990, p. 202 ss.

<sup>161</sup> PERRIN, 1989, p. 246.

<sup>162</sup> GRAVEN, 1989, p. 154.

<sup>163</sup> HURTADO POZO, 1987, p. 37.

los datos proporcionados por el significado literal del texto, no puede, por tanto, ser concebido como un elemento diferenciado del resultado de la interpretación y es siempre un elemento variable<sup>164</sup>. En la práctica, se recurre, con frecuencia, al espíritu de la ley cuando se considera que la solución o las soluciones planteadas, son inadecuadas o que conducirían a resultados absurdos o inaceptables socialmente.

### 5. Jerarquía de los métodos

- 563 Según la manera tradicional de comprender la interpretación y de presentar sus métodos, podría pensarse que se trata de un procedimiento, constituido en etapas diferenciadas, que conduciría de modo lógico y seguro al descubrimiento del verdadero sentido de la ley.
- 564 Esta percepción no es correcta en la medida en que el recurso a los criterios de interpretación no implica seguir un orden de prioridad determinado. Una jerarquía previa y rígida es excluida porque la aplicación de dichos criterios depende de las circunstancias particulares del caso concreto. El hecho de dar la prioridad a uno de ellos en detrimento de los demás, supone tomar partido por una ideología determinada<sup>165</sup>. Quien cree que la finalidad de la interpretación es la búsqueda de la voluntad del legislador, preferirá el método histórico. Por el contrario, quien estima que el fin de la interpretación es el de precisar el sentido objetivo de la regla, privilegiará el método teleológico. Así, entre los penalistas, quienes parten de la idea de que la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, afirman con frecuencia que su interpretación propia es la teleológica. Todas las demás no serían sino medios auxiliares<sup>166</sup>.
- 565 El intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver. Este resultado no es el único “verdadero sentido de la ley”, culminación inevitable de la interpretación. Los cambios de jurisprudencia prueban la inexactitud de esta concepción, a pesar de que los interesados afirman que se limitan a deducir el “verdadero sentido”. Sin embargo, éste no es “verdadero” sino en relación al contexto jurídico y axiológico en el que la ley es aplicada.

---

<sup>164</sup> LUZZATI, 1990, p. 248.

<sup>165</sup> ZÄCH, 1977, p. 333.

<sup>166</sup> GARCÍA CAVERO, 2008. p. 18 ss.; RUDOLPHI/HORN/SAMSON, 1973, § 1 N° 34.

**VII. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva**

Según sea el resultado obtenido mediante el proceso de interpretación, se distingue entre las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva<sup>167</sup>. Se afirma que la interpretación declarativa explica el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, sobre todo, en este último caso<sup>168</sup>. Se dice que esta interpretación, entre los varios significados de la expresión, precisa aquel que responde exactamente a la voluntad de la ley<sup>169</sup>. De esta manera, no se tiene en cuenta que en esto consiste -precisamente- la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta “clase” de interpretación. Esto resulta aún más evidente cuando se sostiene que la interpretación debe ser sólo declarativa, “limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica -y así mismo teleológica e histórica- en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular”<sup>170</sup>. Desde la perspectiva que hemos adoptado, resulta evidente que es superfluo concebir en este sentido el proceso de interpretación.

Si el fondo del planteamiento concierne a la naturaleza, el fin y los límites de la interpretación, el criterio utilizado para distinguir entre la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva no constituye la mejor manera de abordar esta problemática. El carácter artificial de la distinción se comprende fácilmente cuando se reflexiona sobre la manera tradicional como ha sido practicado. Los autores están, en gran mayoría, de acuerdo en definir la interpretación restrictiva como la que “ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso”<sup>171</sup>. En cuanto a la interpretación extensiva, afirman que “tiene por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir”<sup>172</sup>. Así, se ha considerado que el límite a tener en cuenta es el texto legal. Cuando

<sup>167</sup> ENGISCH, 1967, p. 129 ss.

<sup>168</sup> CASTÁN TOBEÑAS 1947, p. 259.

<sup>169</sup> BRAMONT ARIAS, 1950, p. 98.

<sup>170</sup> GRAVEN JEAN, 1951, p. 411; LOGOZ/SANDOZ, 1976, art. 1 N° 4.

<sup>171</sup> CASTÁN TOBEÑAS, p. 260.

<sup>172</sup> CASTÁN TOBEÑAS, p. 261.

el intérprete no lo sobrepasa, se dice que es restrictiva y, por el contrario, se habla de extensiva cuando va más allá del texto. Esta manera de percibir la interpretación implica que existan dos factores seguros entre los cuales se hace la comparación. Por un lado, el significado de las palabras legales; y, por otro, lo que el legislador quiso decir. Pero como lo hemos indicado antes, el texto, punto de referencia escogido, no es un límite neto y seguro. No es siempre en sí claro y preciso. Se trata más bien de un elemento variable y ambiguo que necesita ser determinado y éste es precisamente el papel de la interpretación<sup>173</sup>. Con relación a la voluntad, diremos que no se puede saber lo que “quiso decir el legislador” sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, sobre todo, el mismo texto de la norma a interpretar. Al pretender oponer la “voluntad del legislador” al “significado de las palabras”, se concibe aquella como algo que es posible detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación. Esta pretensión es artificiosa<sup>174</sup>. Resulta aún más evidente en autores como Jiménez de Asúa, que oponen “alcances de las palabras legales” y “espíritu y voluntad del texto”<sup>175</sup>.

- 568 El reconocimiento de que el lenguaje es impreciso no permite, sin embargo, negar la realidad de la disposición legal. Puesto que desde el momento en que una regla estatuida posee, como tal, un valor apremiante e indisoluble, el juez -aun cuando aporta un elemento creador de derecho- está sometido a la ley como cualquier persona<sup>176</sup>. Esto es, a pesar de que el texto sea impreciso, ofrece el punto de partida y el marco que el intérprete no puede ignorar. De acuerdo con la peculiaridad del lenguaje y si se desea seguir practicando esta distinción, sería preferible denominar interpretación restrictiva la que “limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación” e interpretación extensiva la que comprende “hasta el límite del sentido literal posible, hasta el ‘sector marginal’”<sup>177</sup>. Se puede calificar de restrictiva la interpretación que reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación; y extensiva, la que comprende además los casos situados en la zona marginal de dicho

<sup>173</sup> LARENZ, 1980, p. 272.

<sup>174</sup> CASTÁN TOBEÑAS, p. 255.

<sup>175</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1959, p. 116 ss. Cfr. BRAMONT ARIAS, 1950, p. 94 ss., quien sigue fielmente a JIMÉNEZ DE ASÚA.

<sup>176</sup> GADAMER, p. 352.

<sup>177</sup> En contra CASTÁN TOBEÑAS, 1947, p. 259.

núcleo. De modo que el intérprete permanece ya sea en los límites del núcleo que comprende las situaciones típicas (interpretación restrictiva) o va más allá para tomar en consideración las “situaciones límites” mediante la determinación semántica necesaria (interpretación extensiva). Por ejemplo, si se atribuye al término “matrimonio” empleado en el art. 139, el sólo sentido de “matrimonio civil” estaríamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se comprendiera como “matrimonio civil y religioso”, sería extensiva.

Como la decisión del intérprete no es del todo ajena al contexto, tanto jurídico como social, en el que determina el sentido de la norma, el problema consiste en saber cómo se concibe la interpretación y el papel que juega quien la hace. Si la interpretación no es considerada como un procedimiento rígido que culmina siempre en un resultado único (el verdadero sentido), hay que reconocer que el intérprete dispone de un margen de libertad, dentro del cual puede inclinarse en favor de uno de los sentidos posibles del texto legal y escoger tanto los argumentos a invocar, como la manera de presentarlos. El intérprete participa así directamente en la creación del derecho. 569

Desde esta perspectiva, el intérprete precisa, atribuyéndole un sentido, los alcances del texto legal en la medida en que el legislador no logra hacerlo de manera nítida, en razón de la naturaleza particular del medio (lenguaje) que debe utilizar para comunicar sus mandatos. Empero, esto no significa que goce de una libertad absoluta. En primer lugar, los casos límites en que se presenta este dilema de manera aguda son poco numerosos. En segundo lugar, su decisión debe ser integrada siempre en el orden jurídico en general y considerar, en particular, los logros teóricos y prácticos en el dominio de la interpretación. El intérprete, vinculado a la ley como cualquier otro destinatario, debe reconocer las disposiciones legales y justificar siempre sus decisiones que no pueden ser arbitrarias. Una cierta posibilidad de prever las decisiones judiciales es así asegurada. Como la experiencia enseña “debe existir, al menos en los hechos, una vinculación del juez; pues la jurisprudencia no resuelve, de ninguna manera, los casos de modo versátil y según las reglas que descubre de caso en caso. La ‘dirección de la jurisprudencia’ puede ser reconocida en su orientación y marcadas sus estaciones”<sup>178</sup>. 570

<sup>178</sup> HASSEMER, 1994, p. 83.

### **VIII. Límites de la interpretación**

- 571 El proceso de interpretación debe desarrollarse respetando los límites del “sentido literal posible” del texto legal. Como lo hemos señalado, éste se extiende hasta el extremo de la zona de penumbra que rodea el núcleo connotativo de la expresión. Dicho límite carece de la nitidez necesaria, la cual permitiría saber cuándo se ha abandonado el marco del texto legal. Esto se debe, vale recordarlo, al hecho de que los límites de extensión del significado de las palabras o de las frases no están predeterminados de manera natural y obvia. Sus alcances están condicionados, sobre todo, por el contexto en el cual son empleadas. De modo que, el significado de una expresión no es el resultado de la adición de los significados parciales de los términos utilizados.
- 572 A pesar de estas dificultades, en la mayor parte de los casos, se reconoce el marco establecido por el texto legal y dentro del cual debe permanecer la labor interpretativa. Cuando ésta rebasa el sentido literal posible de la expresión o reduce los alcances del núcleo connotativo no puede seguir hablándose de interpretación. Lo primero, se realiza, usualmente, mediante la analogía y, lo segundo, a través de la reducción teleológica.

#### **1. Analogía**

- 573 En el Código, se incorporó expresamente la prohibición de la analogía. Según el art. II: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”. Esta disposición está basada en uno de los principios de la administración de justicia estatuidos en el art. 139 Const. En su inc. 9, se dispone la “inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”<sup>179</sup>. Estas declaraciones sólo son una confirmación de lo establecido mediante el principio de legalidad, previsto tanto en la Constitución como en el Código. Esto explica por qué las leyes penales no contienen con frecuencia disposiciones sobre la analogía. Sin embargo y sobrepasando los límites establecidos en la Constitución, en el NCPP, se extiende la prohibición a la interpretación extensiva. Así, en el art. VII, inc. 3, del NCPP, se estatuye que la ley “que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sancio-

---

<sup>179</sup> STC del 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC LIMA, FJ. 71.

nes procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”. Además, en el inc. 4, se dispone que “en caso de duda insalvable sobre la ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”. Todo esto pone en evidencia que no se ha comprendido en qué consiste la interpretación y tampoco el papel del criterio de la duda favorable al momento de aplicarse la ley.

Ahora bien, en este contexto, hay que recordar que toda disposición legal constituye un esquema, un tipo abierto, no una descripción precisa y cerrada y que, por lo tanto, su aplicación implica que sea precisada en relación con el caso *sub iudice*. Esto se efectúa con más facilidad en los casos comprendidos en el núcleo de significación del texto, que en los abarcados en la zona marginal o de penumbra. Estos últimos son comparados con los casos típicos y la posibilidad de aplicarles la misma disposición está condicionada por la existencia de caracteres similares comunes. En consecuencia la adecuación del hecho a la norma (tipo legal) no puede ser comprendida como la correspondencia material del hecho al “molde legal” (plena identidad). Se trata más bien de un juicio de apreciación analógica, pues, basta sólo cierto grado de coincidencia para admitir la correspondencia. Esta similitud no sólo es de orden lógico o material. Se trata, sobre todo, de constatar la equivalencia a nivel normativo<sup>180</sup>: juicio de valor que justifica someter el caso en cuestión al imperio de la norma aplicable al otro caso. Este razonamiento por analogía es propio de la interpretación. Constituye uno de sus medios y es en particular evidente si se piensa en los casos de “interpretación extensiva”. Desde este punto de vista, se puede afirmar que el hecho de prohibir la analogía implica la prohibición de la interpretación.

El texto legal en sí no puede servir para distinguir la analogía de la interpretación (más precisamente de la interpretación extensiva). Tampoco puede serlo el procedimiento o el medio utilizado. Entre lo que se denomina interpretación (extensiva) y lo que se llama analogía sólo existe una diferencia de graduación: el problema reside en determinar si la regla prevé o no el caso concreto. La respuesta hay que buscarla en la manera como se recurre al razonamiento por analogía. En la medida en que éste sea utilizado para determinar -mediante el juicio de valor propio al razonamiento analógico-

<sup>180</sup> LARENZ, 1980, p. 256; BACIGALUPO, Arts. 1-4, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 17 ss.; CORTÉS, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 94 ss.; RODRÍGUEZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 158 ss.

que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos aún en el campo de la “interpretación”. Por el contrario, se trata de “analogía” si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace con arreglo a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión.

- 576 Como lo hemos visto al estudiar el principio de legalidad<sup>181</sup>, la analogía está prohibida en derecho penal, en la medida en que se le emplee para fundamentar la represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente. Por el contrario, el razonamiento analógico que restringe el poder punitivo está permitido<sup>182</sup>.
- 577 A pesar de estas explicaciones, no se logra despejar la duda sobre los esfuerzos hechos para distinguir la interpretación extensiva de la analogía. Los criterios utilizados se basan en elementos metajurídicos o políticos e ideológicos y no en convincentes razones teóricas. Pero esto no significa que el intérprete (en particular, el juez) obre necesariamente de manera arbitraria. La ley, no está demás reiterarlo, no es sólo una especie de proposición (de diversas soluciones) que el intérprete pueda ignorar a su antojo<sup>183</sup>. La aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios establecidos por la jurisprudencia.
- 578 En las decisiones de los tribunales, se recurre a la prohibición de la analogía para excluir la aplicación de alguna disposición legal. Sin embargo, por la manera como están redactadas, no es posible siempre apreciar la justeza del argumento. Así, debido a que no se relata<sup>184</sup> en qué consistió el comportamiento del procesado, resulta imposible saber por qué no se aplica el art. 198, inc. 8, a un procesado según el art. 246, inc. 5, del CP de 1924. En esta última disposición, se reprimía a quien “cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública”. El art. 198, inc. 8, del código actual, incrimina como fraude en la administración de una persona jurídica el hecho de “usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona”. Si se piensa en el fraude a la administración pública es debido a que, en la misma sentencia, se considera que no puede reprimirse al procesado por peculado debido a que no es considerado funcionario o servidor público. Esto último

---

<sup>181</sup> Cfr. *supra* N° 573 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 89; PAGLIARO, 2000, p. 81 ss.

<sup>182</sup> MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 51 ss.

<sup>183</sup> ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 110.

<sup>184</sup> ES del 12 de agosto de 1994, Sala Penal, Exp. N° 1688-94, en ROJAS, 1999a, p. 79.



como consecuencia de que se afirma que el pf. 2 del art. 40 Const. derogó el inc. 5 del art. 485, en el que se reconoce esa calidad a los empleados de las empresas estatales o de economía mixta. Si se conociera qué acto cometió el agente podría analizarse si era correcto, por ejemplo, afirmar que había incurrido en el delito de fraude a la administración pública conforme al art. 246, inc. 5, del CP de 1924, pero que no podía sancionársele porque en el nuevo Código no se había conservado esa disposición. Por último, que tampoco le era aplicable el art. 198, inc. 8, del nuevo código a pesar de haber cometido un acto similar al incriminado en esta disposición debido a que no constituye el acto que ésta prevé. Es determinante la similitud del comportamiento ejecutado y del previsto en la disposición legal que trata de aplicarse. Es equívoco afirmar, como lo hacen los jueces en la sentencia comentada, que “dicho supuesto delictivo [art. 246, inc. 5 del CP de 1924] ha sido descriminalizado en el Código vigente, y no [es] posible asimilar dicho supuesto con el previsto en el art. 198, inc. 8, por estar prohibida la aplicación de la ley penal por analogía”.

Tampoco resulta clara la aplicación de la prohibición de la analogía en el supuesto que trata de una Fiscal Provincial de Lima que “permitía la injerencia de su esposo en asuntos propios de su despacho, como también su activa participación durante el turno y post-turno ocurrido entre el quince y el veintisiete de mayo de mil novecientos novecicinco, a lo que se agrega su presencia en el despacho mientras la señora Fiscal atendía al público, y el acceso, revisión y calificación de expedientes y denuncias en giro”<sup>185</sup>. En la denuncia fiscal para que se abriera instrucción penal, la conducta de la Fiscal fue calificada “de complicidad en la comisión del delito de usurpación presuntamente cometido por su cónyuge” y, además, se le imputó “la comisión del delito de Abuso de Autoridad”. En la sentencia en que se decidió el no a lugar a abrir instrucción, se afirmó que de conformidad con el art. III “no es permitida la analogía para calificar un hecho como delito o falta, en consecuencia, no apareciendo de la denuncia fiscal antes glosada imputación concreta contra la denunciada por omisión, rechazamiento o retardo de algún acto de su cargo, no puede analógicamente imputársele a título de abuso de autoridad los hechos que en la mencionada denuncia se imputan como complicidad en usurpación de funciones, menos aún si no se ha señalado cual acto de función omitió, rehusó o retardó, por tales razones”. De esta confusa argumentación parece deducirse, más bien, que se trata de un problema de insuficiente determinación de los hechos que deberían ser calificados como típicos.

<sup>185</sup> Exp. N° 8741-97, Lima, del 13 de noviembre de 1998, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 47.

- 580 Por el contrario, el recurso a la prohibición de la analogía resulta en parte claro en el caso en el que se aprecia el carácter delictuoso del hecho, cometido por los directivos de una empresa comercial destinada a prestar dinero o captar recursos, sólo de sus socios accionistas. El asunto es saber si estas personas incurrían en el delito de intermediación financiera, previsto en el art. 246. La cuestión es determinar si la condición fijada en esta disposición, de que el agente haya captado de manera “habitual recursos del público” sea realizada cuando sólo hubiera obtenido dinero de sus “socios accionistas”. El Tribunal Correccional que conoció esta causa<sup>186</sup> afirmó que debido a esta “restricción del universo de prestamistas” se “excluye la noción de ‘público’ exigible por el tipo penal de intermediación financiera, resultando por lo mismo amparable la excepción de naturaleza de acción en atención a los principios de legalidad y prohibición de aplicación analógica”. Aceptado este criterio, resulta posible sostener que aplicar el art. 246 supondría hacerlo debido a que captar recursos de los socios es similar, análogo al hecho de captar recursos del público. Esta última característica se referiría a todas las otras personas aparte del propio agente y, llegado el caso, de los socios de la empresa dedicada a la captación. Sin embargo, otra sería la conclusión si se admitiera que es factible interpretar de manera extensiva la exigencia del tipo legal en el sentido de ampliar el círculo de los prestamistas a toda persona, comprendidos los socios de la empresa.
- 581 Un ejemplo interesante de la manera cómo se puede ir más allá del “posible sentido literal del texto legal” es el de una Ejecutoria Suprema<sup>187</sup> referente al delito de violación. Aunque relativo a la aplicación del Código derogado, conserva cierta vigencia porque este delito está también previsto en el Código. El caso juzgado trata del siguiente comportamiento: Juan, mayor de edad, con “el pretexto del juego entre hermanos”, venció la resistencia de su hermana de 17 años y le hizo sufrir el acto sexual<sup>188</sup>. El fiscal consideró, en primer lugar, que es “preciso hacer notar que el Tribunal correccional sentenciador discurriendo sobre conceptos estrictamente legalistas, apoyando su decisión sobre la falta de un requisito legal, ha otorgado su absolución al acusado convicto y confeso, lo que constituye un grave error que es urgente enmendar”. Luego niega -con razón- que se trate de un delito de seducción, teniendo en cuenta la relación de parentesco existente entre

---

<sup>186</sup> Sentencia del 17 de marzo de 1998, Corte Superior de Lima, Exp. N° 5339-97B, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 47.

<sup>187</sup> ES del 6 de abril de 1964, en AJ 1964, p. 272.

<sup>188</sup> Antes del DL N° 20583, del 9 de abril de 1974, la víctima del delito de violación debía ser mayor de 16 años, actualmente el límite es de 14 años.

ofensor y víctima<sup>189</sup>. Por el contrario, afirma que debe aplicarse el art. 196 (CP de 1924) que sanciona a quien haga sufrir el acto sexual a una mujer (fuera de matrimonio), empleando violencia o amenaza grave. Los argumentos que expuso son:

1. Que teniendo en cuenta el grado de educación del autor, “no puede exigirse que haya mediado violencia física, para la comisión de los hechos instruidos, sino que, probada como está la estrecha relación familiar entre acusado y agraviada, tiene que darse por establecido que, el acusado, abusando de su calidad de hermano mayor de la ofendida, venció su resistencia física y moral y la sometió...”.
2. El absolver al acusado, “establece un funesto precedente, porque de seguirse apreciando así estos hechos, importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes, y esto no puede ser...”.
3. El “hecho cometido [...] no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada”.

La cuestión consiste en determinar qué se debe entender por “violencia”. 582 Para este efecto, hay que tener en cuenta el contexto en que es utilizada esta palabra. El art. 196 del CP de 1924 dice: “el que por violencia o grave amenaza” (igual que el art. 170 del Código) obliga a “una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio” (en el artículo vigente, la víctima es una persona y el comportamiento la práctica del acto sexual u otro acto análogo). Es evidente que con el término violencia, se hace referencia al empleo de la fuerza bruta con el fin de vencer la resistencia de la mujer. Cabría preguntarse, si también se refiere al empleo de la fuerza moral (*vis compulsiva*), Pero, es dudoso que abarque los casos de abuso de autoridad o del ascendiente que se tiene sobre la víctima. En el contexto del art. 196 CP de 1924 (art. 170) no se puede responder afirmativamente a la pregunta de si el término violencia comprende el empleo de la fuerza moral. Precisamente, porque a ella se refiere la palabra amenaza, utilizada en el mismo texto. Ahora bien, si la amenaza no es aludida mediante la palabra violencia, menos lo será “el abuso del ascendiente que se tiene sobre una persona”.

<sup>189</sup> El DL N° 20583, del 9 de abril de 1974, modifica el art. 201 en cuanto a la edad y a la agravante. Esta última consiste en la existencia de una relación especial entre el agente y la víctima; por ejemplo, familiar. De modo que el legislador parece admitir que es posible que el padre seduzca a su hija.

- 583 Del primer argumento del fiscal, podría pensarse que se trata de una interpretación extensiva. Sin embargo, es evidente que no se puede admitir que el hecho, de que el hermano mayor, mediante el abuso de su ascendiente sobre su hermana, venza la resistencia de ésta pueda ser comprendido dentro del posible sentido literal del texto legal. Sólo desnaturalizando el lenguaje e ignorando el contexto en que aparece la expresión, podría afirmarse que el acusado ha ejercido “violencia”.
- 584 Estamos ante un caso más de como se utiliza el razonamiento analógico. El juzgador consideró, primero, que la violación (acto descrito en la ley) y el incesto (no previsto como delito independiente en nuestra legislación) debían ser reprimidos por ser actos que van “contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada” y “no pueden permanecer impunes”. En segundo lugar, que la situación de hecho era semejante; en ambos casos se trataba de un acto sexual cometido contra la voluntad de la víctima. La diferencia radica en que para la violación se requiere violencia o grave amenaza, elemento que no se presentó en el caso juzgado. De esta manera, se aplica una disposición legal a un caso no previsto en ella, valorando material y normativamente en el sentido de que se trata de casos análogos. Esto constituye una violación al principio de legalidad.

## **2. Reducción teleológica**

- 585 La denominada reducción teleológica, en la medida en que no contradice el principio de legalidad, no está excluida del derecho penal. Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo.