

OBSERVACIONES METODOLÓGICAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

*Francisco Baldó Lavilla**

I

1.— En nuestro pasado reciente, siempre ha existido un vivo debate acerca de cuál es el papel que respectivamente desempeñan el legislador, la jurisprudencia y la dogmática jurídico-penal en la *construcción del sistema de la teoría del delito* y, en general, en la construcción del Derecho Penal. Debate éste que salvando sus caracteres propios y privativos ha de recoger, a mi juicio, al existente en el ámbito más general de la metodología del Derecho y, ante todo, ponerse en *relación* con una de sus principa-

* **Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona (UB), España.**

les elaboraciones: la de la teoría del llamado *desarrollo continuador del Derecho*¹. Y ello, porque es precisamente esta teoría la que en mayor medida y con mayor profundidad se ha ocupado del papel que juegan cada uno de estos operadores jurídicos. De ahí que no pueda resultar extra-

- 1 *Vid.*, sobre el concepto de «desarrollo continuador del Derecho», y sin ánimo de exhaustividad, *Bydlinski, F.*: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. ed. (1991); *del mismo autor*: *Hauptpositionen zum Richterrecht*, JZ 1985, pp. 149 y ss; *Pawlowski, H.-M.*, *Methodenlehre für Juristen*, 1981; *Larenz, K.*: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. Rodríguez Molinero), 2. ed. (de la 4. ed. alemana), 1980; *del mismo autor*: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. ed. (1983); *del mismo autor*: *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, E. R. Huber-FS (1973), p. 291 y ss; *del mismo autor*: *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*, NJW 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss; *del mismo autor*: *Der Richter als Gesetzgeber?*, Henkel-FS (1974), pp. 31 y ss; *Esser, J.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. ed. (1972); *Engisch, K.*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. ed. (1960); *del mismo autor*, *Einführung in das juristische Denken*, 8. ed. (1983); *Kriele, M.*: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2. ed. (1976); *Zippelius, R.*: *Juristische Methodenlehre*, 4. ed. (1985); *Canaris, C.-W.*: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 1. ed. (1964), 2. ed. (1983); *del mismo autor*: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1. ed. (1969), 2. ed. (1983); *Wieacker, F.*, *Gesetz und Richterkunst*, 1957; *Coing, H.*: *Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts*, JuS 1975, pp. 277 y ss; *Schünemann, B.*: *Der vier Stufen der Rechtsgewinnung*, 1974; *del mismo autor*: *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, U. Klug-FS (1983), pp. 169 y ss; *del mismo autor*: *Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts*, P. Bockelmann-FS (1979), pp. 117ss; *del mismo autor*: *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978.

ño el que aquí queremos ensayar una aproximación a esta teoría, *en la medida* en la que muestra cómo se puede llegar a erigir «legítimamente» el «constructo» de la *teoría del delito* y, por añadidura, el del Derecho Penal. Todo ello nos obligará a poner de manifiesto algunas ideas que, sin ser nada nuevas en ámbitos ajenos al Derecho Penal, pueden ayudar a explicar cómo se construye el mencionado sistema o, cuando menos, a describir cómo se puede llegar a construir desde una orientación particular. Ya de antemano queremos anticipar, sin embargo, el punto de vista metodológico que se tiene por válido. Vaya pues por delante la hipótesis de la que se parte: *el Derecho es desarrollado por el Legislador, por los Tribunales y por la Ciencia del Derecho.*² Que el Legislador crea el Derecho, ni parece controvertido, ni merece mayores explicaciones. Baste simplemente con decir que en nuestro modelo constitucional el legislador es el destinatario directo de la competencia primaria legiferante. La segunda parte de la afirmación, esto es, la de que los Tribunales y la Ciencia del Derecho participan asimismo en el proceso de «desarrollo» del Derecho y que, por tanto, desempeñan una labor «creadora», ya merece en cambio una aclaración, al menos desde la óptica del Derecho Penal.

2.— Mas antes de entrar en el análisis de las cuestiones ya apuntadas, quizá resultará conveniente realizar una breve descripción del recorrido que han seguido algunas de las ideas que subyacen a esta hipótesis de partida

2 Larenz, K., NJW 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss.

hasta ahora sólo anticipada.³ En efecto, la cuestión de si, y en qué medida, el Juez puede o debe desempeñar una labor creadora en la aplicación del Derecho ha ocupado a generaciones de teóricos del Derecho. *En un principio* reciente se partió de la prohibición de que el Juez desarrollara una labor creadora, de que era posible aplicar el Derecho sin, por así decirlo, transformarlo, dejándolo tal cual, de que ello era posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de *cánones* de la interpretación era cerrado y de que el Derecho no presentaba lagunas. En el campo del Derecho Penal, se llegó incluso a postular por algún autor –*Feuerbach*– la necesidad de prohibiciones de interpretación. La mencionada prohibición de que el Juez desarrollara una labor creadora pronto se mostró, sin embargo, como irrealizable, y no sólo por la «lagunosidad» del Derecho, sino ante todo porque se constató que toda interpretación implica una interacción entre el sujeto intérprete y el objeto interpretado. De suerte que se llegó a la conclusión de que, cuando menos,

3 Recorrido que en síntesis sigue la descripción que hace *Kaufmann, Art.*, en: *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Art. Kaufmann y W. Hassemer (editores), 5. ed. (1989), pp. 25 y ss. Otras exposiciones de la misma cuestión, pero vista desde la óptica del Derecho Penal, pueden encontrarse en: *Mir Puig, S.*: *Dogmática creadora y política criminal*, RJCat. 1978, pp. 649 y ss; *Silva Sánchez, J.-M.*, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 1992, pp. 43 y ss; *Rodríguez Mourullo, G.*, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, 1988, *passim*; *Vives Antón, T.S.*, *Dos problemas de positivismo jurídico*, en: *La libertad como pretexto*, 1995, pp. 135 y ss.

no era «posible» aplicar el Derecho «neutralmente». De ahí que actualmente se tienda a superar el esquema sujeto-objeto que durante mucho tiempo han intentado mantener importantes corrientes teóricas —así, por ejemplo, la *jurisprudencia de conceptos*—. Superación que se ensaya modernamente desde diversas orientaciones: la *analítica*, la *hermenéutica*, la *tópica*, la *retórica*, etcétera. Algunas de ellas pueden complementarse mutuamente, para evitar en lo posible los peligros que comporta el asumir radicalmente visiones unidireccionales. Así, a modo de ejemplo, se afirma que la orientación analítica sin hermenéutica resulta vacía y, complementariamente, que la orientación hermenéutica sin analítica resulta ciega. Con el *cambio de paradigma* se han abandonado los antiguos postulados anteriormente señalados, y ya no se parte de la prohibición de que el Juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el Derecho sin un legítimo desarrollo continuador del Derecho, de que, consecuentemente con ello, esta labor no es posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de *cánones* de la interpretación no es cerrado y de que el Derecho presenta lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción, etcétera. Por lo demás, se constata que desde la lógica formal, como desde la analítica, se corre el peligro de convertir al Derecho en un sistema axiomático que no dé respuesta a los verdaderos conflictos sociales. Y, para subvenir a este peligro, algunas orientaciones metodológicas como las de la jurisprudencia tónica o la retórica trabajan con la imagen de un «sistema abier-

to», que parte de la suposición de que el número de criterios para tomar una decisión correcta, es, en esencia, ilimitado: así, la ley, la naturaleza de las cosas, la orientación a las consecuencias, la seguridad jurídica, los intereses individuales o supraindividuales, el uso del lenguaje, etcétera. Idea ésta, la de un sistema abierto, que también es asumida por la hermenéutica jurídica. Para ella, obtención del Derecho significa «argumentación correcta en un sistema abierto» –partiendo igualmente de que el número de posibles argumentos es ilimitado–. *En definitiva*, y para finalizar esta breve visión panorámica e introductoria con las palabras de un filósofo del Derecho asimismo penalista –*Art. Kaufmann*– podemos decir que todo ello se expresa en esencia en los siguientes términos: «(...) Bajo el imperio... (del) ...formalismo también prevaleció en la metodología jurídica el concepto de que la creación del Derecho sería un simple proceso lógico, concretamente la *subsuncción* de un conjunto de circunstancias vitales bajo la norma legal. Pero el proceso de creación jurídica muestra una estructura esencial más complicada, que contiene momentos productivos, dialécticos, posiblemente intuitivos, en todo caso no exclusivamente lógico-formales, y que el juez nunca infiere una decisión *sólo de la ley*, sino que llega al caso siempre con un determinado *preconcepto*, establecido principalmente por la tradición y la situación (...).»⁴

4 Añade, en las siguientes líneas: (...) «Un hombre que crea poder pensar y juzgar todo racionalmente (deducir sus decisiones sólo de la ley), tiene con seguridad una racionalidad subdesarrollada» (*Kaufmann, Art.*, La filosofía del derecho en la posmodernidad, 1992, (trad. L. Villar Borda), ed. Temis, pp. 25-26).

Y, abundando en ello, «(...). El Derecho no resulta ni de una *naturaleza* concebida como siempre, ni simplemente de la formulación general-abstracta de la ley. Estas son, en cierta forma, sólo materia prima, de la cual, en un *acto de formación procesal* (la jurisprudencia y en general la actividad jurídica), debe surgir el derecho concreto».⁵ Pues bien, más adelante se verá que las ideas hasta aquí sólo esbozadas subyacen de una forma más o menos explícita o precisa, aunque sea con orientaciones diversas, en la metodología constructiva de la teoría del delito de destacados penalistas españoles: así, cuando menos, en ciertas declaraciones programáticas de *Cerezo Mir*⁶, *Mir Puig*⁷, *Rodríguez Mourullo*⁸, *Silva Sánchez*⁹, *Torío López*¹⁰ y *Vives Antón*¹¹.

II

3.— Hechos estos breves apuntes iniciales acerca de la evolución de la teoría del desarrollo continuador del Derecho, pasaremos ya a desarrollar la hipótesis inicial

5 *Kaufmann, Art.*, La filosofía del derecho en la posmodernidad, cit., p. 39.

6 *Cerezo Mir, J.*, Curso de Derecho Penal Español. Parte General I (Introducción. Teoría jurídica del delito/1), 4. ed. 1994, p. 178.

7 *Mir Puig, S.*, RJCat. 1978, pp. 649 y ss.

8 *Rodríguez Mourullo, G.*, Aplicación judicial del Derecho..., cit., *passim*.

9 *Silva Sánchez, J.M.*, Aproximación ..., cit., p. 145.

10 *Torío López, A.*, Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito, ADPCP 1989, p. 512.

11 *Vives Antón, T.S.*, Dos problemas de positivismo jurídico, cit., 1995, pp. 135 y ss.

en sus aspectos más controvertidos. Los *Tribunales* desarrollan el Derecho en la medida en que lo «aplican»¹². Y ello, en tanto que en nuestro modelo constitucional son los destinatarios directos de la competencia primaria de «aplicación de la Ley». En efecto, así como no se puede dudar de que en nuestro modelo constitucional el Legislador posea la competencia primaria legiferante, así mismo, tampoco cabe duda de que los Tribunales posean la competencia primaria de «aplicación de la Ley» ¿Supone ello que actúen en cierto sentido como co-legisladores? Ciertamente. Se admite en nuestros días mayoritariamente que siendo como es la aplicación del Derecho —esto es, la actualización de la norma en atención al caso concreto¹³— función encomendada a los Tribunales, el cumplimiento de esta labor obliga a ir más allá de la pura y neutra construcción de silogismos «formales». Ello supone el reconocimiento, actualmente aceptado, de que la aplicación de la Ley no es un proceso meramente lógico, sino que exige regularmente de los operadores jurídicos la formulación de múltiples valoraciones. Reconocimiento, éste, que constituye una muestra más de la transición de la *jurisprudencia de conceptos* a la *jurisprudencia de intereses*¹⁴ —aunque no sólo constituye una muestra de la mencio-

12 *Vid.*, Bydlinski, F., JZ 1985, pp. 149 y ss, sobre el denominado «Derecho judicial» (Richterrecht), en contraposición con el «Derecho codificado» (Kodexrecht).

13 Larenz, K., NJW 1965, Heft 1/2, p. 1.

14 *Cfr.*, sobre ello, Bydlinski, F., JZ 1985, pp. 149 y ss.

nada transición,¹⁵ sino que subyace también a otras corrientes metodológicas más modernas:¹⁶ así, las mencionadas orientaciones *analítica*, *hermenéutica*, *tópica* o *retórica*-. En efecto, se parte actualmente de la convicción, comúnmente aceptada, de que la aplicación del Derecho supone algo más que la mera «subsunción» de un caso en el supuesto de hecho abstracto de una norma¹⁷ o, dicho en pocas palabras, de que *la aplicación*

-
- 15 *Hernández Marín, R.*, (Historia de la filosofía del derecho contemporánea, 1986, p. 224) señala que «Para intentar averiguar en qué consiste el método científico-jurídico preconizado por la jurisprudencia de intereses (...) es necesario tener presente tres tesis sostenidas por los representantes de esta escuela: *en primer lugar*, que la subsunción es siempre necesaria; *en segundo lugar*, que se trata de una subsunción bajo la ley; y, *en tercer lugar*, que no se trata de una subsunción lógica, sino teleológica, que se trata de una subsunción bajo los juicios de valor o ideas de valor legales, o bajo la situación de intereses contemplada por el legislador, o bajo el espíritu de la ley, o bajo los intereses legislativos, etc.».
- 16 *Vid.*, sobre ellas,, por ejemplo, las aportaciones de *G. Ellscheid, W. Hassemer, F. Haft, U. Neumann, L. Philipps* y *U. Schroth*, en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Art. Kaufmann y W. Hassemer (editores), 5. ed. (1989).
- 17 *Vid.*, *Larenz, K.*, NJW 1965, Heft 1/2, p. 1, p. 3 (y también, sin embargo, la referencia a *Zippelius, R.*, *Zum Problem der Rechtsfortbildung*, NJW 1964, p. 1981); asimismo, *el mismo autor*, *Henkel-FS* (1974), pp. 31 y ss. *Larenz* estima que la aplicación de la Ley no se agota en la mera subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador. *Müller (Müller, F.: Juristische Methodik*, 2. ed. (1976), p. 134) entiende que una jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones no sería ni práctica ni real. *Esser (Esser, J.: Vorverständnis...*, cit., p. 9) entiende que las valoraciones poseen una importancia central en cualquier decisión problemática. *Kriele (Kriele, M.: Theorie der Rechtsgewinnung...*, cit., p. 96) considera que no se

del Derecho no se agota en la mera subsunción.¹⁸ O, también, de que toda «interpretación» supone una labor «creadora».¹⁹ De ahí que actualmente también se reconozca por la generalidad que no sólo los sistemas anglosajones de «case-law», sino también los ordenamientos jurídicos continentales de «Derecho codificado», poseen un componente de «Derecho judicial», sobre todo, en el marco del denominado «desarrollo continuador del Derecho»²⁰. La función que despliega este desarrollo continuador del Derecho consiste en *precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el*

puede desconocer el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico contenido en toda interpretación. Kaufmann, Art., La filosofía del derecho en la posmodernidad, 1992 (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. ed. 1991), pp. 25-26 y *passim*. Sobre todo ello, vid., asimismo, Alexy, R., Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, 1989, pp. 27 y ss; y Díez-Picazo, L., Experiencias jurídicas y teoría del derecho, 3. ed. (1993), pp. 220 y ss; Calvo García, M., Teoría del Derecho, 1992, pp. 103 y ss; y, en el ámbito del Derecho Penal español, por ejemplo, Mir Puig, S.: RJCat. 1978, pp. 649 y ss; Silva Sánchez, J.-M., Aproximación..., cit., pp. 102 y ss, y p. 124; Rodríguez Mourullo, G., Aplicación judicial del Derecho..., cit., *passim*, pp. 14-15; Córdoba Roda, J., Consideraciones sobre la jurisprudencia penal, RJCat 1974, pp. 122 y ss; Cuerda Riezu, A., El legislador y el Derecho Penal (una orientación a los orígenes), 1991, *passim*, p. 81; Muñoz Conde, en: Muñoz Conde-García Arán, Derecho Penal Parte general, 1993, pp. 119-125.

18 Larenz, K., Henkel-FS (1974), p. 31.

19 *Ibidem*, p. 31 (citando a Gadamer, Wahrheit und Methode, 3. ed., p. 365) y, en el ámbito del Derecho Penal español, por todos, Mir Puig, S.: RJCat. 1978, pp. 649 y ss.

20 Zippelius, R., Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo I, § 3.

*arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas, o allí donde las leyes presentan incompletudes que requieren ser colmadas*²¹. Siendo así que, a juicio de *Larenz*, el Juez no sólo desarrolla el Derecho allí donde integra una laguna, sino también, en realidad, en muchos casos en los que hace un tiempo se hablaba –incorrectamente– de simple subsunción. Ello se hace especial e inequívocamente patente en diversos ámbitos. Así, entre otros: a) en el campo de los «conceptos jurídicos indeterminados»²², en el campo de los «conceptos normativos»²³, en el campo de

21 *Zippelius, R.*, *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo I, § 3. Sobre el arsenal hermenéutico, vid., por ejemplo, *Alexy, R.*, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 211ss. Con todo, no se olvide la transición mencionada entre el catálogo cerrado de *Savigny* y los catálogos abiertos que postula, por ejemplo, la moderna hermenéutica jurídica. Por lo demás, sobre la controversia entre la teorías objetivas, subjetivas o mixtas de la interpretación, vid., en el ámbito del Derecho Penal, por todos, *Stratenwerth, G.*: *Zum Streit der Auslegungstheorien*, O.A. Germann-FS (1969), pp. 258 y ss y *Cuerda Riezu, A.*, *El legislador...*, cit., pp.86 y ss y las interesantes consideraciones que hace este autor en alusión a las tesis de *Bydlinski*.

22 Vid., sobre los conceptos jurídicos indeterminados, en general, *Engisch, K.*, *Einführung in das juristische Denken*, cit., Capítulos VI y VII; *Zippelius, R.*, *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo III; y, en el ámbito específico del Derecho Penal, *Haft, F.*, *Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, JuS 1975, pp. 477 y ss.

23 Sobre los elementos normativos y su relación con la cuestión aquí examinada, vid., en general, *Engisch, K.*, *Einführung...*, cit., 8. ed., Capítulos VI y VII; *Zippelius, R.*, *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo III; y, en el ámbito del Derecho penal, por ejemplo, *Jakobs, G.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. ed. (1991), 4/29 (p. 80).

los «conceptos jurídicos necesitados de concreción»²⁴ y en el campo de las «cláusulas generales»²⁵; b) en el campo de la constatación e integración de «lagunas»²⁶; y, asimismo, c) en el campo de la «corrección del Derecho legal defectuoso»²⁷. En el primero (a), el Juez opera concretando el margen interpretativo que manifiesta la regulación textual —ámbito de la *interpretación «secundum legem»* o interpretación en sentido estricto—. Aquí se prefiere hablar actualmente de proceso de concreción de la norma, y no de proceso de subsunción. En el segundo (b), el Juez opera desarrollando el Derecho «suplendi causa», i.e., colmando la laguna legal —*desarrollo continuador del Derecho «praeter legem»*—²⁸. Y en el tercero (c), el Juez opera,

24 Vid., en general, *Larenz, K.*, NJW 1965, Heft 1/2, p. 1 y, para el ámbito del Derecho Penal, *Lenckner, T.*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz «nullum crimen sine lege», JuS 1968, pp. 249 ss y pp. 304 y ss.

25 Sobre las cláusulas generales, vid., en general, *Engisch, K.*, Einführung..., cit., 8. ed., Capítulos VI y VII; *Zippelius, R.*, Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo III; y, en el ámbito de la literatura penal, *Haft, F.*, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, pp. 477 ss; *Naucke, W.*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *Class, W.*, Generalklauseln im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, pp. 122 y ss; *Jakobs, G.*, Strafrecht. AT. cit., 4/32 (pp. 81-82); *Mir Puig, S.*, Introducción a las bases del Derecho Penal, 1976 (reimp. 1982), p. 146; *Vives Antón, T.S.*, Dos problemas de positivismo jurídico, cit., 1995, p. 154.

26 Vid., por ejemplo, *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., passim; *Engisch, K.*, Einführung..., cit., 8. ed., Capítulos VI y VII; *el mismo autor*, Der Begriff der Rechtslücke, W. Sauer-FS (1949); *Zippelius, R.*, Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo III.

27 Vid., *Engisch, K.*, Einführung..., cit., 8. ed., Capítulos VI y VII; *Zippelius, R.*, Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo III.

28 Como señala *Engisch* (*Engisch, K.*, Einführung..., cit., 8. ed., p. 138), «supplet praetor in eo, quod legi deest».

«*corrigendi causa*»²⁹, corrigiendo un defecto legal —entiéndase, en los casos en los que ello es legítimo—³⁰. A consecuencia de todo lo cual se puede afirmar que la interpretación de la Ley en sentido estricto —hasta el límite del sentido literal posible³¹— y el desarrollo continuador del Derecho —a través de la integración de lagunas conforme a la ley— son dos niveles de un mismo proceso³².

4.— A nadie se le ocultará que todos estos ámbitos en los que se ha mencionado que la teoría general exige de un desarrollo continuador del Derecho son especialmente numerosos en el ámbito del Derecho Penal y que, por tanto, una construcción legítima del sistema del

29 *Ibidem*, p. 138.

30 Sobre el desarrollo continuador del Derecho «*contra legem*», vid., además de las obras generales ya citadas, y, en especial, en el ámbito del Derecho Penal, *Krey, V.: Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I y II)*, JZ 1978, pp. 361 y ss (I) y pp. 428 y ss (II); *el mismo autor: Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem (III)*, JZ 1978, pp. 465 y ss. Como norma general, es válido el principio según el cual la interpretación «*contra legem*» es «*ilegítima*». Ello, sin embargo, presenta importantes excepciones. Por ejemplo, las de los casos de corrección de manifiestos errores regulativos del legislador (así, en los casos de erróneas referencias cruzadas entre preceptos).

31 Sobre el sentido literal posible, vid., por todos, *Canaris C.-W., Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 6 y ss, p. 10. Vid., asimismo, la precisión que hace respecto al mismo, *Silva Sánchez, J.-M., Aproximación...*, cit., p. 119, en nota 369 —no existe un único sentido literal posible, más bien existen posibles sentidos que permite la literalidad o textualidad de la Ley—.

32 Así, *Larenz, K., Henkel-FS (1974)*, p. 32.

Derecho Penal no puede sino tener en cuenta estos conocimientos interdisciplinarios que nos proporciona la metodología del Derecho. En efecto, bastará en este momento con mencionar tan sólo algunos ejemplos de elementos normativos, de cláusulas generales y de posibles lagunas que condicionan la construcción del sistema de la teoría del delito –en particular– y la del Derecho Penal –en general–. Así, existen algunos elementos normativos en el seno del Derecho Penal que se prestan con mayor facilidad a una concreción, como es el caso, por ejemplo, del elemento «ajenidad» de los delitos patrimoniales y, otros, por el contrario, cuya concreción ya es mucho más complicada, como es el caso por ejemplo del concepto de «agresión ilegítima» presupuesto de la legítima defensa –¿incluye las agresiones constitutivas de faltas, las omisivas, las imprudentes, las inidóneas, etcétera?³³–. Como ejemplos de cláusulas generales, pueden señalarse los términos «actos lúbricos o de exhibición obscena» de los delitos contra la libertad sexual, o el término «necesidad racional» de la legítima defensa³⁴. Y como casos de posibles lagunas, podrían señalarse algunas integrables legítimamente y otras que no lo son. Entre estas últimas cuenta, por ejemplo, la extensión del parricidio a las parejas llamadas de hecho y, entre las primeras, a juicio de algún autor, la

33 Vid., sobre este particular, *Baldó, F.*, Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad», 1994, pp. 264 y ss.

34 *Ibidem*, pp. 264 y ss.

del denominado «estado de necesidad defensivo»³⁵. Siendo así las cosas, no cabe sino reconocer que en la construcción del sistema del Derecho Penal habrá que tener en cuenta los conocimientos que aporta la teoría del desarrollo continuador del Derecho para concretar o integrar todos los elementos de esta clase que pertenezcan al Derecho Penal. No existe otra *alternativa*. Salvo que se quiera pensar que en todos estos casos lo correcto y respetuoso con el principio de legalidad no es establecer las reglas del legítimo desarrollo continuador del Derecho Penal, sino operar a la inversa y suprimir de la legislación penal todas estas constelaciones de casos problemáticas que requieren de un desarrollo, cuando menos, judicial. Hasta donde alcanzo, a esta opción alternativa sólo cabe dar una respuesta: es imposible. Lo que no significa, en cambio, que por ello deban dejarse de respetar las reglas de la correcta *técnica legislativa*. Como señala Cerezo, «El principio de legalidad... es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Ello exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumamente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real»³⁶. Lo mismo cabe apuntar respecto a las categorías negativas del

35 *Ibidem*, pp. 121 y ss y los autores allí citados.

36 Cerezo Mir, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, cit., p. 178. Asimismo, vid., García Arán, M., en: Muñoz Conde-García Arán, Derecho Penal. Parte general, cit., p. 96-97, señalando la necesidad de que el Juez concrete las determinaciones legales.

hecho punible: por ejemplo, las causas de justificación. Ciertamente, tampoco aquí le es posible al legislador aprehender toda la multiplicidad y multiformidad de contextos en los que existen buenas razones para estimar permitida la realización de un tipo de injusto fundamentador. De ahí que las reglas permisivas revistan una formulación si cabe aún más genérica y, en su formulación, se haga profusión de la utilización de elementos normativos, cláusulas generales, etcétera³⁷. Por lo demás, hay que apuntar que ni siquiera adoptando la aparente vía alternativa mencionada podrían obviarse los problemas mencionados, pues como ya se reconoce modernamente, tampoco los elementos llamados descriptivos están exentos de generar problemas interpretativos. Piénsese tan sólo en un delito emblemático del Código Penal –por ejemplo, el del homicidio– e inténtese apuntar el contenido semántico de los términos «matare» «a otro». Dejando de lado el núcleo conceptual de tales términos, esto es, situándonos en las zonas grises, todo son problemas –nos estamos refiriendo, en esencia, a la cuestión del inicio y final de la vida–³⁸.

5.– Esta primera aproximación podría bastar para poner de manifiesto cómo los Tribunales participan nece-

37 *Baldó, F.*, ...estudio sobre las «situaciones de necesidad», pp. 34-35.

38 Hay que poner de relieve que, como señala *Bacigalupo (Bacigalupo, E., Principios de Derecho Penal. Parte General, 2. ed. 1990, pp. 36-37)*, la diferencia entre los llamados elementos normativos y los llamados descriptivos no es en la mayoría de los casos tan grande como pudiera pensarse. Por lo demás, otros ejemplos pueden encontrarse en: *Zugaldía Espinar, J.M.*, *Fundamentos de Derecho Penal*, 3. ed. 1993, pp. 281 y ss.

sariamente en el desarrollo del Derecho –si bien, ciertamente, de una forma «continuadora»³⁹. Antes de entrar en un análisis algo más pormenorizado de todo ello, y para completar dicha aproximación, habrá que ocuparse asimismo de la segunda parte controvertida de la hipótesis inicial, esto es, la de que también la propia *Ciencia del Derecho* participa en el desarrollo del Derecho. Y ello, siquiera sea de forma mediata, accesoria o subordinadamente a través de su influencia en la tarea legiferante, en la jurisprudencia y en el resto de operadores jurídicos⁴⁰. Empezaremos por constatar el alcance de esta afirmación a través de la descripción de lo que realmente hace la dogmática jurídico-penal para después pasar a la cuestión de si puede legítimamente hacer lo que sin duda hace. Para comprobar lo que *realmente hace* la comunidad científica que forma la dogmática jurídico-penal, basta con echar un simple vistazo a los manuales al uso, y después reflexionar acerca de una cuestión que a mi juicio se contesta por sí misma. Pensemos ¿se puede honestamente dudar de que la teoría de la acción jurídico-penal, la teoría de la autoría, la teoría del error, la teoría de la omisión –en

39 Vid., asimismo, respecto a ello, *Díaz Palos, F.*, La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal, 1991, *passim*, pp. 29 y ss, y los destacados autores allí citados: *Hernández Gil, Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, García de Enterría, Pietro Castro, Vallet de Goytisolo*, etcétera.

40 *Larenz, K.*, NJW 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss. Sobre la incidencia de la dogmática o Ciencia del Derecho en el desarrollo continuador del Derecho, *vid.*, por todos, en el ámbito del Derecho Penal, *Mir Puig, S.*, RJCat. 1978, pp. 649 y ss, estimando con razón que ésta «participa» en la creación del Derecho.

especial, la de las fuentes de las llamadas posiciones de garante—, la teoría de la imputación objetiva, la teoría de la «*actio libera in causa*», el concepto de dolo, el de imprudencia, el de inimputabilidad, entre tantos otros que conforman el sistema actual de la teoría del delito, constituyen constructos en buena medida «supralegales» que, siendo elaborados por la dogmática jurídico-penal, acaban mediatamente formando parte del «*corpus iuris*» que «aplican» los Tribunales?⁴¹. Pasando ahora a la segunda cuestión, esto es, la de si es *legítimo* que la dogmática jurídico-penal *haga lo que realmente hace*, empezaremos por apuntar las manifestaciones programáticas de algunos significados autores. Manifestaciones programáticas que como no podía ser de otro modo, inciden decisivamente en la construcción que efectúan estos autores en los sistemas de la teoría del delito que defienden. Ya ha transcurrido un cierto tiempo desde que entre nosotros *Mir Puig* señalara que el Derecho Penal positivo constituye el marco de referencia dentro del cual al dogmático le está permitido desarrollar una labor «creadora»⁴². Postura ésta que ya no puede considerarse aislada en el seno de la Ciencia del Derecho Penal española. Entre otros, *Torío* apunta que,

41 Vid., apuntando el carácter extra legal de algunas de las constelaciones de casos aquí mencionadas, *Torío López, A.*, ADPCP 1989, pp. 489 y ss; *Zugaldía Espinar, J.M.*, Fundamentos de Derecho Penal, cit., p. 205, pp. 181ss y *Muñoz Conde*, en: *Muñoz Conde-García Arán*, Derecho Penal. Parte general, cit., pp. 124-125.

42 *Mir Puig, S.*, RJC. 1978, pp. 649 y ss, señalando además que la participación en la creación del Derecho es función de la dogmática y, *el mismo autor*, Derecho Penal. Parte General, 3. ed. (1990), pp. 118-119.

en la Parte Especial del Derecho Penal, la figura de delito proporciona sólo un marco lingüístico, por lo demás fluido, dentro del cual ha de circunscribirse la interpretación, y que en el ámbito de la Parte General ello sucede aún si cabe de forma más aguda, pues, respecto a numerosos problemas de la máxima significación, el Derecho positivo no proporciona ni siquiera premisas, sino tan sólo puntos de apoyo para el desenvolvimiento teórico del concepto⁴³. *Silva Sánchez* constata que la tesis según la cual el objeto de la dogmática aparece representado de modo esencial por el Derecho positivo, se encuentra ya en trance de decidida superación⁴⁴. Añadiendo que «El Derecho positivo se limita a establecer un marco para la reflexión dogmática, sin ejercer una vinculación intensa sobre la elaboración conceptual y sistemática propia de ésta. Otro tanto sucede con las “estructuras del ser”. (...). La dogmática actual se configura ampliamente como “dogmática creadora” o “dogmática crítica” tomando partido por determinadas opciones valorativas y contribuyendo, en definitiva, aunque sea subordinadamente, a la creación del Derecho.»⁴⁵. Y *Vives Antón*, entiende que del «(...) modo de concebir la jurisprudencia se desprende que, en el quehacer del jurista intervienen, tres tipos de discurso: a) el discurso legislativo, compuesto por las diferentes

43 *Torío López, A.*, ADPCP 1989, p. 512.

44 *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación..., cit., p. 104, y pp. 102-178, examinando profundamente la cuestión del rol de la dogmática contemporánea.

45 *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación ..., cit., p. 145.

proposiciones formuladas en las leyes positivas; este discurso juega, en todo caso, el papel de lenguaje objeto. b) El discurso que trata de captar la racionalidad de ese lenguaje objeto, por medio de la referencia al conjunto de valoraciones aceptadas, rechazadas o «conciliadas» en él, a las realidades sociales relacionadas con esas valoraciones, a sus fines, consecuencias, etc. Se trata, obviamente, de un metalenguaje, sin el cual el análisis del lenguaje legal sería sencillamente imposible. Y c), el discurso que, partiendo de los juicios formulados en el metalenguaje b), lleva a cabo la interpretación del lenguaje objeto a). (...)»⁴⁶.

6.— La orientación metodológica que con sus naturales diferencias muestran estos autores —por mencionar tan sólo a algunos⁴⁷— no sólo me parece que recoge perfectamente la realidad de lo que reconozcámoslo o no hace la Ciencia del Derecho Penal⁴⁸, sino que más allá de todo ello se me alcanza como la orientación más plausible de una Ciencia del Derecho Penal moderno —a nuestro juicio y por abreviar: una orientación hacia un sistema

46 *Vives Antón, T.S.*, Dos problemas de positivismo jurídico, cit., p. 141. Y, afirmando, por lo demás (p. 139), que la jurisprudencia constituye una ciencia hermenéutica.

47 En una línea afín, vid., entre otros, *Bacigalupo, E.*, Delito y punibilidad, 1983, pp. 13 y ss; *Rodríguez Mourullo, G.*, Derecho Penal. Parte General, 1978, p. 74.

48 *Bacigalupo (Bacigalupo, E.*, Delito y punibilidad, 1983, p. 13), pone de relieve que «(...) de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales.».

abierto, que permita introducir valores y respete la naturaleza y estructura de las cosas en la medida en que sean indisponibles—. En efecto, si bien es cierto que se puede describir la *evolución* moderna del Derecho Penal a través de la *teoría de ciclos*, mostrando esta evolución una permanente tensión entre el *ontologicismo* y el *normativismo*, que va resolviéndose cíclicamente con propensión en una u otra orientación, también lo es que actualmente la sistemática de la teoría del delito se orienta preferentemente en algunas direcciones promotoras: por ejemplo: a) la finalista —*Welzel*—; b) la racional-teleológica —*Roxin*—; c) la funcionalista, basada en la teoría de los sistemas —*Jakobs*—; y, d) la lógico-analítica —*Hruschka*—. Pues bien, todos estos «ismos» muestran de una forma u otra como en la construcción del sistema del Derecho Penal juegan un papel destacado elementos que se reconozca o no, a mi juicio trascienden al propio Derecho Penal entendido en sentido normativo «puro». Así, y por expresarlo en pocas palabras, el finalismo destaca la referencia a la naturaleza de las cosas y la indisponibilidad de las estructuras lógico-objetivas. La escuela racional-teleológica destaca el papel que juega la Política Criminal en la construcción de un modelo «abierto», «histórico» y «orientado a fines». La escuela lógico-analítica destaca el papel que juegan las estructuras y el análisis de cuño filosófico-analítico en la construcción de cualquier sistema, si bien programáticamente se orienta hacia un sistema «cerrado», «ahistórico» y «geométrico». La escuela funcionalista de cuño sistémico destaca por manifestar las interacciones comu-

nicativas, y por mostrar cómo estabilizarlas desde una óptica sociológica. Pues bien, ninguna de estas direcciones poseería un futuro si en la construcción del sistema del Derecho Penal nos situáramos en el plano de lo «puramente» normativo. Y, por lo demás, tampoco me parece que el efectuar objeciones desde concepciones estrechamente formalistas del principio de legalidad a la introducción de elementos «trascendentes» de uno u otro cuño sea muy realista como ya se ha mostrado⁴⁹. Cuestión distinta es la de que en esta tarea «creadora» que afecta a la construcción del sistema, el dogmático o el Juez operen sin *restricción* alguna. Muy al contrario, la libertad operativa que poseen al desarrollar esta función —la de precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el «arsenal hermenéutico» deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas, o allí donde las leyes presentan «incompletudes» que requieren ser colmadas— debe respetar las *reglas* procedimentales del desarrollo *legítimo* del Derecho. Entre las como se verá más adelante destacan, en el ámbito del Derecho Penal, la prohibición de analogía «*in malam partem*», la prohibición de restricción teleológica de reglas permisivas o autorizadoras, por debajo de su núcleo conceptual básico, y la prohibición de extensión teleológica ilegítima. No, en cambio, la prohibición de interpretación extensiva dentro del tenor literal posible, o la obligación de interpretar la Ley

49 Vid., la crítica de Art. Kaufmann arriba mencionada (*Kaufmann, Art., La filosofía del derecho en la posmodernidad, cit.*, pp. 25-26).

penal lo más restrictivamente posible. En definitiva, aquí se parte de que, pasados ya los tiempos en los que toda la dogmática del Derecho Penal se consideraba plasmada expresamente en los propios preceptos que formaban el Derecho Penal objetivo, hoy se admite más o menos generalmente, al menos en los estados con una dogmática más avanzada⁵⁰, que la mayor parte de la dogmática jurídico-penal constituye un «*constructo*» no expresamente plasmado por el legislador en el Derecho Penal objetivo⁵¹. Todo ello, no sólo tiene que ver con la consideración de la teoría del delito como «metalenguaje» explicativo del propio «lenguaje» expresado en la Ley penal⁵². También tiene que ver con cambios en la concepción del propio sistema del Derecho Penal, y con cambios substanciales –al menos en nuestro país– de algunos de los principios básicos que lo informan. Nos estamos refiriendo, en esencia, a la concepción del principio de legalidad y al rol que desempeña el operador jurídico –sobre todo el Juez– en la construcción del sistema. Frente a una concepción estrechamente formal del principio de legalidad y de sus principios derivados –reserva de ley, mandato de determinación y prohibi-

50 Vid., por todos, *Schünemann, B.*, Introducción al pensamiento sistemático en Derecho Penal, en: El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales (introducción, traducción y notas de J.M. Silva Sánchez), pp. 31ss.

51 Así, *Mir Puig, S.*: RJCat. 1978, pp. 649 y ss; *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación..., cit., pp. 72 y ss; *Torío López, A.*, ADPCP 1989, pp. 489 y ss, pp. 491-492, p. 500, p. 512.

52 Así, *Hruschka, J.*: Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. ed. (1988), Vorbemerkung, XI-XXV.

ción de analogía—, se sostiene aquí una concepción material y realista. Concepción que, por un lado, fundamentará materialmente y, por otro, definirá, los presupuestos del «legítimo» «desarrollo continuador del Derecho» Penal. Por lo demás, permítaseme en este punto hacer un breve excursus sobre uno de los principios fundamentales del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular: el *principio de seguridad jurídica*. A mi juicio, el sistema de la teoría del delito constituye un «constructo» histórico al que difícilmente puede sobreponerse el legislador. Cosa ésta que, contra lo que pudiera parecer en un principio, me parece positiva. En lo sustancial, y más allá de su innegable belleza plástica, no considero acertada la famosa frase de *von Kirschmann* según la cual «tres líneas del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura». Esta sólo es relativamente cierta para la Parte Especial. Respecto a la Parte General, que ha sido el producto de siglos de evolución, estimo que esta afirmación sólo parcialmente puede considerarse acertada. Y ello es de la máxima importancia, pues considero que en el seno de la Parte General, aporta más «seguridad jurídica» una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas primarias, que cualquier determinación pretendidamente exhaustiva del legislador. De lo contrario, puede suceder lo que ya hace algún tiempo apuntó *Gimbernat*⁵³: «(...) En otros países de

53 *Gimbernat Ordeig, E.*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en: *Estudios de Derecho Penal*, 2. ed. (1981), p. 127.

dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto: los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexadamente, de caso en caso, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el Derecho penal sobre éste o sobre el otro supuesto es: "No lo sé." A la vista de estas clarividentes palabras, podemos entonces preguntarnos: ¿Sería esto seguridad jurídica? Por lo demás, y también en relación a este principio, estimo que la verdadera y eficaz seguridad jurídica se consigue con algo mucho más importante que las apelaciones a un principio de legalidad más o menos formal o material; se consigue con un estricto sometimiento a los cánones hermenéuticos en la determinación del tipo penal, que sólo así se convierte en verdadero tipo de garantía —para el ciudadano—. En una frase —y para concluir con todo lo anteriormente dicho—: no hay vuelta a *Feuerbach*.

III

7.— Aceptada la realidad de que el proceso de aplicación de una norma a un caso no se agota en la simple, neutra y automática «subsunción», sino que requiere en la mayoría de los supuestos de un desarrollo continua-

dor del Derecho en el ámbito judicial, la cuestión inmediata que se plantea reside en determinar cuál es la *legitimación* que posee el Juez para actuar de esta forma⁵⁴. Es decir, se impone determinar bajo qué presupuestos y límites le está «permitido» al Juez desarrollar el Derecho a partir, cuando menos, del sentido literal posible de los términos legales, de la «*ratio legis*» y de la «*ratio iuris*»⁵⁵. Todo ello, tiene que ver, en primera línea, con la vinculación de la Judicatura a la Ley –principio de legalidad– y con la relación entre los Poderes judicial y legislativo –separación de poderes–⁵⁶. Y, en último término, plantea una cuestión constitucional –o, si se quiere, también, de competencias constitucionales–. Siguiendo a *Zippelius*, puede afirmarse que en la medida en que el Legislador haya resuelto las cuestiones jurídicas, y el contenido del tipo legal pueda ser determinado sin ambigüedades por medio de la interpretación, el operador jurídico quedará sometido, en lo esencial, a las soluciones determinadas por el tipo legal y a sus criterios de decisión⁵⁷. En esta medida, se puede decir que también las cuestiones de Justicia han sido

54 Vid., sobre todo ello, de momento, por ejemplo, *Larenz, K.*: H. Henkel-FS (1974), pp. 39 y ss; *Zippelius, R.*: Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat, en: N. Achterberg (ed.), *Legitimation des modernen Staates*, 1981; *Alexy, R.*, Teoría de la argumentación jurídica, cit., pp. 27 y ss.

55 Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia publicada en: NJW 73, 1221 (vid., *Larenz, K.*: H. Henkel-FS (1974), p. 39, not. 23).

56 *Larenz, K.*, NJW 1965, Heft 1/2, p. 2.

57 *Zippelius, R.*, *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo I, § 3.

«pre-resueltas» por el Legislador⁵⁸. Así las cosas, la autolimitación de una dogmática al servicio de la aplicación del Derecho se corresponde con el principio de la «división de poderes», y sirve al mismo tiempo a la «seguridad jurídica»⁵⁹. Ahora bien, siendo todo ello difícilmente cuestionable, no cabe por menos que reconocer como igualmente cierto que los conceptos jurídicos poseen una significación que deja regularmente un *marco de juego*, se entiende, interpretativo —que lo es tanto más cuanto mayor es la espiritualización de las normas a interpretar (baste comparar la concreción de ciertas normas administrativas con la de las normas penales o constitucionales básicas)—. De ahí que, muchas veces, en el ámbito de la interpretación, se aluda a la existencia de conceptos jurídicos «vagos» o «porosos» —en la terminología actual—⁶⁰. Esta zona borrosa del contenido significativo de las palabras puede, en efecto, ser estrechada metodológicamente por medio de la interpreta-

58 *Ibidem*, Capítulo I, § 3.

59 *Ibidem*, Capítulo I, § 3; *Canaris C.-W.*, *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 116, pp. 175 y ss, p. 184.

60 Cfr., *Díez-Picazo, L.*, *Experiencias jurídicas...*, cit., pp. 108-109, y las referencias que hace a *Ross* —que señala que las palabras poseen un campo de referencia indefinido consistente en un foco central y una nebulosa de incertidumbre— y *Heck* —que se refiere a ello con los términos alemanes «núcleo conceptual» (*Begriffskern*) y «techo conceptual» (*Begriffshof*)—. Y, asimismo, vid., *Silva Sánchez, J.-M.*, *Aproximación...*, cit., pp. 123 y ss, en las que señala, además de lo anterior (pp. 130-134), entre otras importantes, la cuestión de la vaguedad y porosidad de los términos que integran los lenguajes ordinarios tal y como ha demostrado la filosofía analítica.

ción⁶¹. Pero, por regla general, no puede ser completamente eliminada. Ello, se quiera o no, es un hecho. Ciertamente, no se puede negar que la interpretación no constituye un método exacto, sino que conduce, la mayoría de las veces, a una *decisión* entre los múltiples principios interpretativos que entran en discusión (cánones interpretativos), y entre las múltiples posibilidades de interpretación⁶². Cánones interpretativos entre los que, por lo demás, es cuando menos cuestionable el que se pueda establecer una *jerarquía* entre ellos⁶³. En ese caso, la decisión que inexorablemente habrá de tomar el operador jurídico en la aplicación de la Ley se «legitimará» entonces cuando conduzca a una solución más justa que las restantes –de entre todas las posibles–. De este modo, la interpretación se coloca al servicio de la Justicia. A juicio de un sector de la doctrina que ha profundizado en esta materia, cuando las

61 Sobre los cánones de la interpretación en el ámbito del Derecho Penal, vid., los diversos puntos de vista de: *Cobo-Vives*, Derecho Penal. PG, cit., pp. 91 y ss; *Cuello Contreras, J.*, El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general, 1993, pp. 177 y ss; *Zugaldía Espinar, J.M.*, Fundamentos de Derecho Penal, cit., pp. 290 y ss; *García Arán, M.*, en: *Muñoz Conde-García Arán*, Derecho Penal. Parte general, cit., pp. 115 y ss. No se olviden, sin embargo, las conclusiones básicas ya apuntadas a las que llega la moderna hermenéutica jurídica. Sobre ella, vid., por ejemplo, *Calvo García, M.*, Teoría del Derecho, pp. 103 y ss, pp. 130 y ss, pp. 152 y ss.

62 *Zippelius, R.*, Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo I, § 3. Así lo reconoce, en el ámbito del Derecho Penal, *Cuerda Riezu, A.*, El legislador..., cit., pp. 73-97.

63 Vid., en el ámbito del Derecho Penal español, *Cuerda Riezu, A.*, El legislador..., cit., pp. 86 y ss.

normas, a pesar de emplear todos los esfuerzos interpretativos, no conducen a una solución justa desde el punto de vista del «sentimiento jurídico», aparecen como necesitadas de complemento. Y, entonces, o bien exigimos este complemento de «*lege ferenda*», o bien constatamos ya de «*lege lata*» la existencia de una laguna⁶⁴. Así, la interpretación de las leyes, en el aspecto de determinación del significado «acertado» del término dentro del marco de su sentido «posible», plantea la cuestión de las razones legitimadoras de la elección⁶⁵. La interpretación debe realizar la finalidad regulativa del Legislador, puesto que en un Estado con división de poderes la competencia de regulación le está a él atribuida. A ello contribuye el tradicional criterio teleológico⁶⁶. Criterio que, por lo demás, sirve a la «Unidad del Derecho»⁶⁷, y a garantizar el respeto al

64 Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo I, § 3.

65 Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo III, § 9; *Mir Puig*, S.: *RJCat.* 1978, pp. 649 y ss.

66 Sobre la «ratio» teleológica como criterio interpretativo y sobre la «ratio» teleológica como criterio de construcción sistemática, vid., además de las obras generales ya citadas, y para el ámbito del Derecho Penal, *Herzberg, R.D.*: *Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung*, *NJW* 1990, pp. 2525 y ss; *Schaffstein, F.*: *Zur Problematik teleologischer Begriffsbildung im Strafrecht*, *R. Schmidt-FS* (1936); *Schmidhäuser, E.*: *Teleologisches Denken in der Strafrechtsanwendung*, *Th. Würtenerger-FS* (1977); *del mismo autor*: *Über einige Begriffe der teleologischen Strafrechtslehre*, *JuS* 1987, pp. 373-380; *Stratenwerth, G.*: *O.A. Germann-FS* (1969), pp. 258 y ss.

67 Sobre el principio de la unidad del Ordenamiento Jurídico, vid., por todos, *Engisch, K.*: *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935; *el mismo autor*, *Einführung...*, cit., 8. ed., p. 160.

principio de «no contradicción interna»⁶⁸. En todo ello, más que consideraciones lógicas, son las teleológicas las que juegan un rol principal. La interpretación de una norma debe estar en armonía con la finalidad y representación que de la Justicia posea el Ordenamiento Jurídico, allí donde sea posible. Así pues, la interpretación debe elegir un significado que se acerque en la mayor medida posible a la idea de Justicia dominante en la comunidad⁶⁹. No obstante, esta idea puede cambiar con el paso del tiempo. Para estas mutaciones de sentido rige la siguiente consideración: el fundamento de la legitimidad del Derecho hoy aplicable no reside en el pasado, sino en el presente⁷⁰. Con todo, hay que recordar que en cuanto la Ley ha decidido una cuestión jurídica inequívocamente, y ha determinado precisamente los criterios de su solución, el Juez está sujeto a tales criterios. Ello demarca el *límite* de la *legítima* interpretación y del *legítimo* desarrollo continuador del Derecho «*praeter legem*», e ir más allá supondría invadir el campo *ilegítimo* del desarrollo continuador del Derecho «*contra legem*». Esto es, contra el «Plan Legislativo». O, en otras palabras, contra las ideas político-

68 Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo III, § 10

69 Vid., Zippelius, R.: *Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat*, en: N. Achterberg (ed.), *Legitimation des modernen Staates*, 1981; *del mismo autor*: *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Bundesverfassungsgericht-FS (1976), II, pp. 108 y ss; *del mismo autor*: *Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen*, H.-J. Bruns-FS (1978), pp. 1 y ss.

70 Vid., sobre todo ello, Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo I, § 4 y Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 211 y ss.

jurídicas del Legislativo. Por lo demás, a ello hay que añadir que las exigencias constitucionales plantean un límite ulterior y de primer nivel («interpretación conforme a la Constitución»)⁷¹. Todo ello lo exigen el principio del Estado de Derecho, el principio de seguridad jurídica y el principio de división de poderes. Sólo en el marco del margen de interpretación que dejan los criterios legales, le queda al operador jurídico –primariamente, al Juez– la función «legítima» de prestar una contribución a la solución de la cuestión⁷². Y contribuir, con ello,

71 Vid., sobre la interpretación conforme a la constitución y los límites que ésta plantea, además de las obras generales ya citadas, en especial, *Kriele, M.: Theorie der Rechtsgewinnung...*, cit., passim; *Zippelius, R.: Bundesverfassungsgericht-FS (1976)*, II, pp. 108 y ss; y, en especial, para el Derecho Penal, *Schünemann, B.: Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978, passim; *Schiffauer, P., Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie*, 1979, passim; en el ámbito del Derecho Penal, vid., *Vives Antón, T.S., Reforma Política y Derecho Penal*, en: *La libertad como pretexto*, 1995, pp. 119 y ss, analizando las consecuencias que ésta genera para la construcción de la teoría del delito, y 121 y ss; y, en su aplicación concreta a una figura delictiva, *Laurenzo Copello, P., El aborto no punible*, 1990, pp. 8 y ss.

72 Función que debe desplegar «desarrollando el Derecho». Por así decirlo, continuándolo, acabándole de dar forma. Con todo, no hay que olvidar que el proceso de enjuiciamiento rara vez está libre de subjetividad, prejuicios o, en definitiva, de justicia propia. Por todo ello, es, por lo menos, razonable, exigir que se explicité. Así pues, resulta obligado para el operador jurídico el reflejar los hitos fundamentales de su proceso de razonamiento -motivación- (*Hassemer, w., Fundamentos del Derecho Penal (trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero)*, 1984, pp. 111-112 (*Hassemer, w., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*,

al desarrollo «continuador» del Derecho. Veamos pues por dónde discurren los límites de la interpretación. Las palabras con las que el Legislador expresa los contenidos regulativos plasmados en las normas jurídicas constituyen signos de «representaciones subjetivas». Podemos denominar como «contenidos representativos» a determinados contenidos de experiencia y de sentido que son comunicables –transubjetivos– a través de signos. Las palabras se refieren a estos contenidos, siendo aptas para excitar transubjetivamente su reproducción en la mente de los comunicantes –cuestión, esta última, que está en la base de no pocas construcciones sistemáticas actuales⁷³ y que posee *amplias*

1981, pp. 73-80, sobre todo, pp. 78-79). En una línea afín, *Muñoz Conde, F.*, en: *Muñoz Conde-García Arán*, Derecho Penal. Parte general, cit., p. 123; *Bacigalupo, E.*, Principios de Derecho Penal. Parte general, 2. ed. 1990, p. 45; *Zugaldía Espinar, J.M.*, Fundamentos de Derecho Penal, cit., p. 186.

- 73 Este es el mecanismo a través del cual, por ejemplo, en el marco del Derecho Penal, las normas primarias desarrollan su función preventiva incidiendo en el proceso de motivación de su destinatario. Proceso éste que puede ser caracterizado como «proceso comunicativo». Sobre esta cuestión, que aquí sólo se menciona a título de ejemplo, vid., *Gimbernat Ordeig, E.*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, cit., pp. 105 y ss; *Mir Puig, S.*, Introducción a las bases del Derecho Penal, cit., pp. 56 y ss, pp. 106 y ss; *el mismo autor*, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, 2. ed. (1982), pp. 42 y ss; *Muñoz Conde, F.*, Introducción al Derecho Penal, 1975, p. 50ss; *Luzón Peña, D.-M.*, Alcance y Función del Derecho Penal, en: *Estudios Penales* (1991), pp. 15 y ss (ADPCP 1989, pp. 5 y ss); *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación..., cit., pp. 353 y ss.

consecuencias⁷⁴-. A estos contenidos de significado les podemos llamar conceptos. Con todo, las palabras a través de las cuales el Legislador expresa contenidos regulativos presentan, decíamos, amplios problemas de «ambigüedad»⁷⁵. Que las palabras puedan ser ambiguas significa, en especial, que los contenidos representativos que los distintos comunicantes atribuyen a éstas —como signos—, pueden diferir en mayor o menor medida de unos a otros. Ello plantea a su vez, y consiguientemente, un problema semántico. La mayoría de las palabras poseen un «margen de significado», esto es, permiten asociar a ellas distintas «representaciones». Ello obliga a determinar la base de referencia verbal y el margen interpretativo de la Ley⁷⁶. Para ello, se parte necesariamente del tenor literal o textual de la Ley. Este, sin embargo, como ya ha quedado dicho, deja abierto nor-

74 Entre estas «amplias» consecuencias a las que aludimos, y por circunscribirnos en este momento sólo al ámbito del Derecho Penal, piénsese, a título de ejemplo en la siguiente. Los que sostenemos que el Derecho Penal constituye un sistema de «directivas» (vid., por ejemplo, *Baldó, F.*, ...estudio sobre las «situaciones de necesidad», cit., pp. 33 y ss) y que, por tanto, las normas dirigidas a los ciudadanos constituyen «normas de comportamiento», hemos de orientar regularmente la interpretación de las mismas en términos de «lenguaje ordinario», para no diluir su virtualidad dialogal. En efecto, para que un Derecho Penal preventivo pueda desplegar más eficazmente su función de motivación debe partir regularmente del sentido común que se atribuye a las palabras en términos lenguaje ordinario. Vid., asimismo, sobre esta cuestión, *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación..., cit., p. 131, nota 430.

75 *Larenz, K.*, NJW 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss.

76 *Zippelius, R.*, Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo III, § 9.

malmente un margen de significado, según el sentido posible de la palabra. El *límite del sentido posible de las palabras* es también el *límite de la interpretación*⁷⁷ —según un sector doctrinal, este «sentido posible» de las palabras se configura a partir del uso del lenguaje en la comunidad jurídica—. Este uso del lenguaje es la convención sobre el «horizonte» de aquella idea que debe ser representada por una palabra. El que las palabras jurídicas posean un margen de significado, constituye una desventaja desde la óptica de la seguridad jurídica⁷⁸. Sin duda. Y ello, en cuanto afecta negativamente a la «calculabilidad y previsibilidad del Derecho»⁷⁹. Mas constituye a su vez una ventaja que no hay que desdenñar apriorísticamente desde el punto de vista de la «flexibilidad del Derecho»⁸⁰. Este margen de significado presta a los términos legales una cierta capacidad de adecuación a la multiformidad de las situaciones de la vida y problemas jurídicos regulados y, ante todo, permite su adecuación a los cambios evolutivos de la sociedad y a los cambios de las representaciones ético-socia-

77 Cfr., *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., pp. 6 y ss; y, asimismo, en el ámbito del Derecho Penal, entre otros muchos, por ejemplo, *Baumann, J.*: Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, pp. 394-395; *Cuello Contreras, J.*, El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general, cit., p. 184; *Cuerda Riezu, A.*, El legislador..., cit., p. 93; *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación..., cit., p. 119.

78 Sobre la seguridad jurídica, vid., *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., p. 116, pp. 175 y ss, p. 184.

79 *Zippelius, R.*, Juristische Methodenlehre, cit., Capítulo III, § 9.

80 *Ibidem*, Capítulo III, § 9.

les dominantes. Función que aflora de forma especialmente clara, cuando menos, en el marco de las cláusulas generales y en el ámbito de las reglas permisivas⁸¹. Todo ello hace posible un compromiso entre la necesaria «seguridad jurídica» y la exigible «justicia referida al caso»⁸². Por lo demás, por un lado, manifiesta una vez más la tensión teórica que existe entre los que abogan por sistemas de Derecho codificado, y los que abogan por sistemas de Derecho del caso; pero por otro, muestra también que las distancias entre ambos sistemas no son tan amplias como «*prima facie*» pueda parecer⁸³. En efecto, el margen de significado que el propio Legislador otorga a la Ley proporciona, y a su vez «legítima», al Juez a adecuar la norma a las necesidades de Justicia del caso concreto, y a actualizarla a la realidad social. El Legislador que dicta la norma general del art. 3, 1 del CC definidora de las reglas interpretativas, no puede desconocer que las normas que dicte con posterioridad se interpretarán, cuando menos, conforme a los criterios por el mismo sentados en el mencionado precepto.

81 A modo de ejemplo, y desde la óptica del Derecho Penal, puede mencionarse aquí la regulación del estado de necesidad en el art. 8, 7 del CP, que incluye la siguiente cláusula general: «que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar». Vid., por lo demás, las obras de los autores anteriormente citados con relación a las cláusulas generales: *Haft, Naucke y Class*.

82 Sobre todo lo anterior, vid., *Zippelius, R.*, *Juristische Methodenlehre*, cit., Capítulo III, § 9.

83 Sobre ello, vid. las reflexiones que realiza: *Melero, F.J.*, *Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)*, ADPCP1994, pp. 81 y ss.

Uno de los cuales es precisamente la realidad social a la que «sucesivamente» se aplicarán. Lo contrario quiebra las reglas básicas de la comunicación.

IV

8.— De la mencionada función que despliega el denominado «desarrollo continuador del Derecho», esto es, como ya se ha señalado, precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas, o allí donde las leyes presentan incompletudes que requieren ser colmadas, pasaremos ahora a ocuparnos de la *constatación e integración de lagunas*⁸⁴. Esto es, de aquel ámbito en el que el Juez opera desarrollando el Derecho «*splendi causa*», colmando una laguna legal —desarrollo continuador del Derecho «*praeter legem*»—. Posteriormente, por lo demás, describiremos los presupuestos y límites del desarrollo judicial «legítimo» del Derecho. Y ello, por ser éste un tema central de la teoría de la aplicación del Derecho. No sólo por su importancia intrínseca, sino también por su marcado carácter revelador del quehacer judicial y de la función auxiliar que puede desempeñar la dogmática jurídico-penal, tanto mediatamente en

84 En el ámbito del Derecho Penal, vid., sobre los presupuestos y límites a la constatación e integración de lagunas, *Jakobs, G.*, *Strafrecht. AT*, cit., 4/40-41 (pp. 86-87).

apoyo de la labor judicial, como directamente en la construcción del sistema del Derecho Penal. En una primera aproximación al núcleo de las cuestiones que seguidamente nos ocuparán, y siguiendo a *Canaris*, apuntaremos que el concepto de «laguna jurídica» se determina, por una parte, por el uso general del lenguaje y, por otra, por la tarea jurídica específica del propio concepto de laguna⁸⁵. Según el sentido general del lenguaje, se muestra la *laguna* como una «incompletud contraria al plan» («planwidrige Unvollständigkeit»)⁸⁶. O en otras palabras, como una «omisión», como un vacío no esperable en un conjunto. *Engisch*, en la misma línea, la conceptúa como una «incompletud insatisfactoria dentro de un todo»⁸⁷. Regresando de nuevo al primer autor, éste indica que la tarea específica del concepto de laguna jurídica consiste en la delimitación del ámbito de la «obtención del Derecho» «*praeter legem*». Por ello, se requiere una determinación más próxima del concepto de laguna en dos direcciones: por una parte, se debe partir del concepto de «incompletud»⁸⁸ y, con ello, traer a colación los *límites de la obtención del Derecho* «*secundum legem*» —frente a la obtención del Derecho «*praeter legem*»—; y, por otra parte, debe investigarse el punto de

85 *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., pp. 197-198.

86 Ya es clásica la denominación «incompletud contraria al plan». Sobre ello, vid., *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., pp. 3 y ss, pp. 20 y ss; *Engisch, K.*, Einführung..., cit., 5. ed., pp. 137 y ss; cfr., asimismo, *Díez-Picazo, L.*, Experiencias jurídicas..., cit., pp. 277 y ss.

87 *Engisch, K.*, Einführung..., cit., 8. ed., p. 138-139.

88 *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., p. 3, pp. 6 y ss.

partida a partir del cual se dictará el «juicio de valor» conforme al cual se puede afirmar la «contrariedad al plan» y, por ello, dónde discurre la línea de separación de la obtención del Derecho «*contra legem*» frente a la *legítima obtención del Derecho* «*praeter legem*»⁸⁹. Así las cosas, la obtención del Derecho «*praeter legem*» limita por debajo con la interpretación en sentido estricto o interpretación «*secundum legem*» y, por arriba, con la interpretación y con el desarrollo continuador del Derecho «*contra legem*» –interpretación o desarrollo, por tanto, «ilegítimos»–. Y supone, tanto una incompletud –pues de lo contrario nos moveríamos en el ámbito de la interpretación «*secundum legem*»–, como su contrariedad al plan legislativo –dado que si esta incompletud fuera acorde con el plan legislativo nos moveríamos en el marco de la obtención del Derecho «*contra legem*»–. En efecto, supone una incompletud porque si la regulación de un caso concreto es completa, el jurista debe limitarse a concretar su sentido textual posible conforme al arsenal hermenéutico disponible. Y supone una contrariedad al plan legislativo, porque si la regulación de un caso concreto es incompleta, pero conforme al plan legislativo, el jurista debe limitarse a postular lagunas «*de lege ferenda*». Esto último es especialmente importante, porque significa que en este caso le estará vedado al jurista el proceder a un legítimo desarrollo continuador del Derecho, esto es, carecerá de competencia para continuar el Derecho. Ello implica, como más

89 *Ibidem*, pp. 197-198.

adelante veremos, que el jurista no podrá intentar integrar una incompletud por cualquier medio –como la analogía–, pues no estará entonces integrando una laguna jurídica en sentido estricto, sino una laguna «*de lege ferenda*». En pocas palabras, el jurista sólo estará legitimado para desarrollar el Derecho allí donde lo continúa conforme al plan legislativo, pero no allí donde no se puede afirmar que lo continúe porque ello supondría un contrariar al plan legislativo. De ahí la importancia que para la determinación del concepto de laguna jurídica poseen tanto el concepto de «incompletud», como el concepto de «contrariedad al plan». Veamos todo ello con mayor detalle. Las «disposiciones de la ley», delimitadas por el «sentido posible de las palabras», constituyen el criterio de distinción del ámbito de las lagunas frente a la obtención del Derecho «*secundum legem*» –interpretación en sentido estricto–. Donde por el contrario faltan las valoraciones legales, debe hablarse de «libre obtención del Derecho»⁹⁰. Con todo, el cuerpo jurídico se muestra con cierta frecuencia «lagunoso». Cosa ésta que ocurre siempre que manifiesta una «incompletud», una omisión o una ausencia que no era esperable. Si esta incompletud se muestra como contraria al propio plan legislativo, podremos hablar, en una primera aproximación, de la existencia de una laguna «jurídica». De no ser así, y mostrarse la constatada incompletud como conforme al propio plan legislativo, no podremos hablar de

90 *Canaris C.-W.*, *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 7, p. 120, p. 165, p. 197.

una laguna «jurídica» —o laguna de «*lege lata*»—, sino, a lo sumo, de un *error de política-jurídica*⁹¹ o de una laguna de «*lege ferenda*». Pues bien, sólo cuando se cumplan las condiciones descritas para el primer caso se podrá considerar «legítimo» un desarrollo continuador del Derecho «*praeter legem*» —en aras de colmar la laguna en cuestión—. Y, consiguientemente, sólo se podrá afirmar que el Juez «desarrolla» «legítimamente» el Derecho allí donde, por así decirlo, lo «*continúa*» o «*complementa*», le acaba de dar forma, según «*lo que el propio Derecho esperaba de sí mismo*» conforme al plan legislativo. Y no, por el contrario, donde a pesar de constatare una omisión legal, ésta no constituya una ausencia no esperable dentro de un todo. Puesto que entonces el colmar la incompletud no posee el sentido de llenar una «omisión indeseada», sino el sentido de llenar una «ausencia deseada». Siguiendo a *Canaris*, el criterio para la constatación de la «contrariedad al plan» y, con ello, de la delimitación frente a la obtención del Derecho «*contra legem*», únicamente puede ser la voluntad del Derecho vigente. En este ámbito, hay que partir de la teleología inmanente de la Ley, del conjunto del ordenamiento jurídico —incluyendo, por ello, los Principios Generales del Derecho, en parte supralegales—, para hacer posible una comprensión completa del ámbito de la obtención del Derecho «*praeter legem*» con ayuda del concepto de laguna⁹². Así las cosas, con este autor, cabe

91 *Ibidem*, p. 21, pp. 64 y ss.

92 *Ibidem*, p. 29, pp. 35 y ss.

afirmar que allí donde el Derecho vigente no requiere una regulación, no existe, como ha quedado dicho, una laguna, sino en todo caso un «error político-jurídico»⁹³. Y, en concreto, no debe verse laguna alguna en los casos llamados de «silencio de la Ley». Especialmente cuando una cuestión cae en el campo del denominado «ámbito libre de Derecho»⁹⁴ o cuando interviene el «*argumentum e contrario*»⁹⁵. Por lo demás, la aceptación de una laguna presupone siempre la prueba positiva de la «contrariedad al plan». Siendo así que, si esta prueba positiva fracasa, no está facultado el Juez al desarrollo continuador del Derecho. O, al menos no a su desarrollo «legítimo». Terminológicamente, puede hablarse aquí de «*argumentum e silentio*»⁹⁶ para distinguir este caso de los dos mencionados de «silencio cualificado de la Ley». La irrelevancia jurídica de un supuesto de hecho para un determinado sector jurídico procesal autónomo debe verse como la característica del ámbito libre de Derecho. Con ello, se constituye al ámbito libre de Derecho como base de un presupuesto negativo del proceso. El «*argumentum e contrario*» se caracteriza porque aquí el principio de igualdad negativo exige, para un caso no regu-

93 *Ibidem*, p. 21, pp. 64 y ss, p. 66 in fine, p. 76 in fine, p. 77 in fine, p. 121 in fine.

94 Sobre él, vid., *Engisch, K.: Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW 108* (1952), pp. 385 y ss; *Canaris C.-W., Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 29, pp. 30 y ss, p. 54, p. 58, p. 114.

95 *Canaris C.-W., Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 29, pp. 35 y ss, p. 197.

96 *Ibidem*, pp. 43 y ss, p. 123, p. 198

lado, la consecuencia jurídica contraria a la regulada en un determinado tipo legal —conclusión de no- semejanza—⁹⁷; y debe distinguirse de los casos de prohibición de analogía⁹⁸, en los cuales, justamente al contrario, debe afirmarse una laguna. Sucediendo sólo que su integración esta vedada por la ley por razones de seguridad jurídica⁹⁹. Interviene finalmente el «*argumentum e*

97 Vid., sobre el *argumentum e contrario*, además de la obra citada de Alexy (Alexy, R., Teoría de la argumentación jurídica..., cit., p. 267) Canaris C.-W., Die Feststellung von Lücken..., cit., p. 29, pp. 35 ss.

98 Sobre ella, en en el ámbito de la filosofía del Derecho, vid., por ejemplo, Alexy, R., Teoría de la argumentación jurídica..., cit., p. 227, pp. 268 y ss; Atienza Rodríguez, M.: Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico, 1986, passim; Falcón y Tella, M.J.: El argumento analógico en el Derecho, 1991, passim, pp. 189 y ss; Iturralde Sesma, V., Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley, 1989; Canaris C.-W., Die Feststellung von Lücken..., cit., pp. 38 y ss, p. 169, p. 172, pp. 175 y ss; Hassemer, W.: Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, en: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (ed. A.Kaufmann/W.Hassemer), 5. ed. (1989), p. 212 y ss; del mismo autor, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, pp. 160 y ss; Heller, T., Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, passim; Kaufmann, Arthur, Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. ed (1982), passim; Klug, U., Juristische Logik, 3. ed. (1966), pp. 97-123; Schiffauer, P.: Wortbedeutung und Rechterkenntnis. Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie, 1979, passim.

99 Sobre el «*argumentum e contrario*» y la prohibición de analogía, vid., Canaris C.-W., Die Feststellung von Lücken..., cit., p. 38; vid., asimismo, Atienza Rodríguez, M., Sobre la analogía..., cit., pp. 101 y ss; Falcón y Tella, M.J.: El argumento analógico..., cit., pp. 163 y ss.

silentio» cuando el ordenamiento jurídico¹⁰⁰, agotadas todas las vías de constatación de lagunas, no da ninguna respuesta positiva a una cuestión¹⁰¹. De ahí que *Canaris* abogue por un concepto de laguna como incompletud contraria al plan –legislativo– dentro del marco del Derecho positivo, medida bajo el baremo del conjunto del Ordenamiento Jurídico vigente¹⁰². A pesar de todo lo ya descrito, a juicio de este autor, su propia primera definición aproximativa es demasiado general como para que sea útil, en el caso concreto para la «constatación» de una laguna. Por ello, propone poner de relieve qué partes del ordenamiento jurídico son respectivamente para ello significativas, en orden a, de esta forma, obtener *baremos* practicables para la constatación de lagunas. A su juicio, si bien todos los elementos del Ordenamiento Jurídico puedan servir para la *constatación de lagunas*, de entre ellos destacan sin embargo los siguientes: a) Las disposiciones del Derecho positivo¹⁰³; b) los valores inmanentes

100 vid., sobre el argumentum e silentio, *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., pp. 43 y ss, p. 123.

101 Sobre todo ello, vid., *ibidem*, pp. 197-198.

102 Vid., *ibidem*, pp. 198-200.

103 Según *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., donde es más sencilla la constatación de una laguna es allí donde resulta de las propias «disposiciones del Derecho positivo» –sea de una norma concreta, sea de un conjunto de ellas–. Como característica común, señala, en ellas el Juez se ve situado ante la elección entre la «denegación de Derecho» y el «complemento de la Ley». Con ello, en último término, es la propia prohibición de denegación de justicia la que obliga en estos casos al «desarrollo continuador del Derecho». En

a las disposiciones legales¹⁰⁴; y, c) tanto los Principios Generales del Derecho como los Valores Jurídicos¹⁰⁵.

9.- Constatada la existencia de una laguna y los procedimientos de integración de lagunas, conviene poner

efecto, al extraer un caso del ámbito libre de regulación jurídica convertimos el caso en relevante jurídicamente, hacemos de él una cuestión jurídica. Si la Ley no proporciona una respuesta a esta cuestión jurídica, la prohibición de «non liquet» –vertiente procesal del principio de pretensión de validez de las normas– exige un complemento de la ley por parte del Juez –en nuestro país, el art. 1,7.º del CC: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido»–; que está legitimado a ello, puesto que desarrolla el plan legislativo –respetando la sujeción a Derecho y, consiguientemente, no actúa «contra legem»– (pp. 198-200).

104 A juicio de *Canaris C.-W.*, *Die Feststellung von Lücken...*, también las valoraciones concretas que se hallan tras las disposiciones de la Ley deben traerse a colación en el proceso de constatación de lagunas. Estas valoraciones concretas que se hallan inmanentes en la Ley son de significación, en especial, en unión con el «principio de igualdad» –en su vertiente positiva y negativa– (p. 8, p. 48, pp. 63 y ss, p. 70, p. 100, p. 109 in fine, p. 118, pp. 132 y ss, p. 146, p. 175). En este ámbito, *Canaris* entiende que la delimitación entre lo que deba entenderse por «laguna» y lo que deba entenderse por «error político-jurídico», con frecuencia, sólo se puede llevar a cabo con ayuda de la «conclusión analógica» o del «argumentum a fortiori» (pp. 70 y ss, p. 133, p. 143, p. 161). Lo mismo vale para la «reducción teleológica». Así, puede suceder que sea la propia «ratio legis» del precepto la que invoca directamente su restricción, porque su tenor literal se ha conformado demasiado ampliamente en relación a su sentido. Por el contrario, en la medida en que el tenor literal del precepto es demasiado estrecho para su ámbito de aplicación total –y no para un caso parecido–, la «ratio legis» hace lícita su ampliación; aquí se puede hablar de «extensión teleológica» (sobre ella, p. 79, pp. 81 y ss, p. 133, p. 161).

105 *Ibidem*, p. 28, p. 49, p. 63, p. 92, pp. 99 y ss, pp. 109-111, pp. 113 y ss, p. 116, p. 118.

de relieve en este punto que no todos sus *procedimientos de integración* son válidos y/o lícitos en la totalidad de los sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, hay que resaltar que si ya era cierto que no toda incompletud constituía una laguna, sino sólo aquéllas que representaban incompletudes contrarias al plan legislativo, es asimismo cierto que incluso cuando existen verdaderas lagunas jurídicas no todas ellas pueden ser colmadas conforme a criterios de integración legítimos. Ello trae a colación la cuestión específica de los *límites de la «legítima» obtención del Derecho «praeter legem»*. Límites que pueden resultar de que la integración de lagunas, o bien no es «posible», o bien no es «lícita»¹⁰⁶. En el primer caso, nos hallamos frente a las llamadas «lagunas no integrables»; en el segundo, fundamentalmente (aunque no sólo), frente a la «prohibición de analogía»¹⁰⁷. Pues bien, aquí nos interesará especialmente el grupo de casos en el que se considera que no es lícita la integración de lagunas. En efecto, recordaremos que, el que el proceso de aplicación de la Ley no se agote en un mero proceso de subsunción de un caso en el supuesto de hecho abstracto de una norma y que el Juez deba desplegar en todo caso una labor creadora para aplicar la Ley, no supone que esta tarea no esté sometida a límite alguno. Ciertamente, una cosa es que el Juez no sea un mero y neutral autómatas, y otra bien distinta es que pueda operar libre e irrestringidamente. Para que el

106 *Ibidem*, pp. 202-203.

107 *Ibidem*, pp. 202-203.

Juez se mantenga en el ámbito legítimo del desarrollo continuador del Derecho, debe respetar no sólo los límites del arsenal hermenéutico dentro del sentido literal posible de los términos legales, sino también respetar la no integración de lagunas a través de procedimientos ilícitos. De otra forma, su labor creativa pasa con razón a considerarse rectamente una labor de «libre creación de Derecho». De ahí que convenga detenerse en alguno de los límites que debe respetar, para que su competencia de complemento normativo se justifique y sea legítima. Mas antes, hay que destacar que, en el ámbito del Derecho Penal y de la teoría jurídica del delito, ello es especialmente importante, puesto que en este sector del ordenamiento jurídico los límites del «legítimo desarrollo continuador del Derecho» son mucho más estrictos que en otros ámbitos, como por ejemplo, en el del Derecho Civil. Ello por un lado. Y, por otro, porque paradójicamente pocos sectores del ordenamiento jurídico poseen un grado tan alto de «dogmática creadora» como el que manifiesta la teoría del delito. Teoría que, como ya ha quedado dicho, en gran medida constituye un constructo sistematizado de interpretaciones, que en la mayor parte de los casos son más «*praeter legem*» que «*secundum legem*»¹⁰⁸. Entrando en la cuestión de los límites de la integración de lagunas, lo primero que hay que señalar, con *Canaris*, es que, contra el «dogma de la

108 Vid., de nuevo, *Mir Puig, S.*: RJCat. 1978, pp. 649 y ss; *Silva Sánchez, J.-M.*, Aproximación..., cit., pp. 72 y ss; *Torío López, A.*, ADPCP 1989, pp. 489 y ss, p. 489, pp. 491-492, p. 500, p. 512.

ausencia de lagunas en el seno del Derecho»¹⁰⁹, debe afirmarse la posibilidad de que existan lagunas no integrables —fundamentalmente por errores en los preceptos técnicos-jurídicos—¹¹⁰. Dicho lo cual, podemos ya pasar a describir los límites que cabe imponer a los procedimientos de integración de lagunas, allí donde sean integrables. Esto es, a delimitar los procedimientos de integración de lagunas lícitos, frente a los procedimientos de integración de lagunas ilícitos. Cuestión ésta que no es generalizable para todos los sectores del Ordenamiento Jurídico,

10.— *En el ámbito del Derecho Penal*, ha de someterse en primer lugar a consideración el procedimiento analógico, como medio de integración de lagunas. Partimos aquí, con la doctrina dominante, de que toda verdadera laguna que muestre la regulación jurídico-penal puede ser lícitamente integrada a través de dicho procedimiento, siempre que ello no perjudique al reo¹¹¹. Ello supone que, como regla general, habrá que estimar *prohi-*

109 Sobre el mismo, vid., *Engisch, K.*, Einführung..., cit., 8. ed, p. 160; *Calvo García, M.*, Teoría del Derecho, pp. 152 y ss; y, en el ámbito del Derecho penal, *Vives Antón, T.S.*, Dos problemas de positivismo jurídico, cit., p. 143.

110 *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., p. 164, p. 202.

111 A favor, la doc. dom. española. Así, por todos: *Cerezo Mir, J.*: Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, cit., pp. 181-185. En contra de cualquier clase de analogía, cuentan, por ejemplo, en la doctrina española: *Cobo-Boix* y *Madrid Conesa* y a favor sólo de la analogía «intra legem» o interpretativa: *Cuello Contreras*. En general, y sin ánimo de exhaustividad, vid., si bien con posturas no siempre coincidentes, *Mir Puig, S.*: Derecho Penal. Parte General, cit., pp. 95 y ss; *Cobo-Vives*, Derecho Penal. PG, cit., pp. 126 y ss; *Cerezo Mir, J.*:

bida únicamente a la analogía «*in malam partem*», como procedimiento de integración de lagunas, ya que sólo esta última excede de los límites legítimos del desarrollo continuador del Derecho en el ámbito del Derecho Penal. En concreto, ello significa que, desde el punto de vista de los presupuestos fundadores de la punibilidad —ya afecten al injusto, a la culpabilidad u a otras categorías que condicionen la punibilidad—, así como de las consecuencias jurídicas, la analogía «*in malam partem*» queda completamente excluida como medio de integración de verdaderas lagunas o, si se quiere, que este medio de inte-

Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, pp. 181-185; *Bacigalupo Zapater, E.*, La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal, Anuario de Derechos Humanos, n° 2 (1983), pp. 13 y ss; *Boix Reig, J.*: Significación jurídico-penal del artículo 25,2.º de la Constitución, en: Escritos penales, 1979, pp. 107 y ss; *Carbonell Mateu, J. C.*: La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes, 1982, pp. 111 y ss; *Cobo del Rosal, M.* / *Boix Reig, J.*: Garantías constitucionales del Derecho sancionador, Comentarios a la Legislación penal, t. I, Dº penal y CE, 1982, 191 y ss; *Córdoba Roda, J.*: Principio de legalidad penal y Constitución, Armin Kaufmann-GS (1989), pp. 81-84; *García Arán, M.*, en: Muñoz Conde-García Arán, Derecho Penal. Parte general, cit., pp. 112-115; *Madrid Conesa, F.*: La legalidad del delito, 1983; *Rodríguez Mourullo, G.*: Principio de legalidad, NEJ Seix, t. XIV, 1971; *Hassemer, W.*: Rechtssystem und Kodifikation..., cit., p. 212 y ss; *del mismo autor*, Tatbestand und Typus..., cit., pp. 160 y ss; *Hirsch, H.J.*: Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Zong Uk Tjong-GS (1985), pp. 50 y ss; *Kaufmann, Arthur*, Analogie und "Natur der Sache"..., cit., passim; *Krey, V.*: Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, 1976, passim, pp. 199 y ss; *Sax, W.*: Das strafrechtliche «Analogieverbot», 1953, passim; *Schünemann, B.*: Nulla poena sine lege?, cit., 1978; *del mismo autor*: P. Bockelmann-FS (1979), pp. 117 y ss; *el mismo autor*, U. Klug-FS (1983), I, pp. 169 y ss.

gración no es lícito en el ámbito del Derecho Penal. Ello no es controvertido respecto a la Parte Especial. Mas tampoco ha de valer la analogía «*in malam partem*» como medio legítimo de integración de lagunas para la Parte General, en cuanto ello redunde en perjuicio del reo —por más que algún sector doctrinal minoritario, al menos en Alemania¹¹², postule que en el ámbito de la Parte General es lícita cualquier clase de analogía—.

a) Pormenorizando algo más la cuestión, se puede afirmar que en la *Parte Especial* es posible y legítimo recurrir al procedimiento analógico como medio de integración de lagunas, en todos aquellos supuestos en los que ello redunde en beneficio del autor del delito: así, respecto a todas aquellas *causas de exclusión, levantamiento personal o atenuación de la pena* previstas en la Parte Especial. Aunque, recuérdese, ello exige siempre que se constate previamente la existencia de una verdadera laguna conforme a los criterios ya descritos. En cambio, no es lícito el procedimiento analógico respecto a todos aquellos elementos que fundamenten la punibilidad. Un ejemplo de analogía prohibida en el ámbito del Derecho Penal sería equiparar la convivencia marital al matrimonio real a los efectos del delito de parricidio.

b) Y, en la *Parte General*, será lícita la integración de lagunas a través del procedimiento analógico, en el ámbito de las *causas de justificación, exculpación o exclu-*

112 Vid. los autores que menciona Krey —postura que él no comparte— (Krey, V.: *Studien zum Gesetzesvorbehalt...*, cit., p. 228, nota 1).

sión de la punibilidad, así como en el ámbito de otras instituciones como, por ejemplo, la del desistimiento voluntario, pues en estos casos ello redundaría en beneficio del reo. Y no, por ejemplo, respecto a la autoría y participación, en la medida en la que con ello se amplíe el círculo de posibles autores por encima del sentido literal posible de las reglas de autoría. En este punto hay que recordar, de nuevo, que el que la analogía «*in bonam partem*» posea la virtualidad indicada no significa que se pueda aplicar sin más en todos los casos en los que la regulación vigente presenta una incompletud, sino sólo en aquéllos en los que previamente se ha constatado que existe una verdadera laguna—esto es, una incompletud contraria al plan legislativo—. Ello es de la máxima importancia, pues sólo así el procedimiento de integración se mantendrá en el ámbito del desarrollo continuador del Derecho, y no invadirá el ámbito de la libre creación de Derecho. Con todo, hay que reconocer que existen casos en los que la integración de una laguna por el procedimiento analógico puede producir distintos efectos, según cual sea la posición de los sujetos intervinientes en el hecho. Y, ciertamente, resultar para algunos «*in bonam partem*» y, para otros «*in malam partem*». Ello es lo que sucede en algunos supuestos de ampliación analógica «*in bonam partem*» de una regla permisiva, en los que, como ya ha señalado algún sector doctrinal¹¹³, ésta

113 Vid., entre otros, Hirsch, H.J., *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot*, en: Zong Uk Tjong-GS (1985), pp. 50 y ss; Krey, V., *Studien zum Gesetzesvorbehalt...*, cit., 199 y ss; Zugaldía Espinar, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., p. 287, nota 373, citando también en este sentido a Bacigalupo.

puede redundar en una ampliación del ámbito de lo prohibido. En estos casos me inclino a pensar que, con todo, habrá que aceptar como lícita la vía de integración de lagunas a partir de la analogía «*in bonam partem*», pues la ampliación del ámbito de lo prohibido no se produce directamente, sino sólo «indirectamente». Sirva de ejemplo el siguiente: en la medida en la que el ejercicio de una acción que resulta permitida al amparo de una causa de justificación construida analógicamente amplía las facultades agresivas del autor, en la misma medida restringe las posibilidades de oposición que frente a la misma pueda poseer el que resultará afectado por la agresión que ésta supone. Con lo cual, en caso de que el afectado se exceda en sus facultades de oposición, verá ampliada su responsabilidad. Ciertamente, el ampliar las facultades de ejercicio de la eximente de estado de necesidad para un sujeto, implica correlativamente que el sujeto que resultará afectado por dicha acción permitida deberá quedar sometido a un deber de tolerancia más gravoso. Por último, hay que reconocer que a pesar de todo la analogía «*in malam partem*» podrá tener una virtualidad «indirecta» en Derecho Penal, cuando éste efectúe remisiones legítimas de cualquier clase a otros sectores del ordenamiento jurídico en los que ésta sí esté admitida —sea a través de leyes penales en blanco que respeten la teoría del complemento indispensable, sea a través de elementos normativos de contenido jurídico, sea a través de reglas permisivas o sea como fuere—.

11.— Apuntado lo anterior, respecto a las limitaciones del procedimiento analógico como medio legítimo de

desarrollo continuador del Derecho Penal, hay que añadir que éste no es el único medio de integración de lagunas que está sometido a límites en el ámbito del Derecho Penal. En efecto, es de la máxima importancia señalar que, junto a la analogía prohibida, debe situarse la «prohibición de reducción» o de «restricción» teleológica¹¹⁴. En efecto, como bien indica *Larenz*¹¹⁵, la restricción o reducción teleológica constituye el procedimiento inverso al procedimiento analógico. Y se diferencia de la interpretación restrictiva de la misma forma que la analogía de la interpretación extensiva, i.e., en el sentido de que ambas exceden del sentido literal posible de los términos legales¹¹⁶. Siendo así que, por ejemplo, en el ámbito de ciertos sectores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, en el ámbito del Derecho Penal o, en general, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, no debería admitirse la restricción teleológica de reglas permisivas, por debajo de su núcleo conceptual básico¹¹⁷. Pues cuando el Juez opera una restricción teleológica de una regla permisiva o autorizadora, por debajo de su núcleo conceptual básico, opera como cuando extiende el ámbito regulativo de un tipo

114 Vid., *Baldó, F.*, ...estudio sobre las «situaciones de necesidad», cit., passim.

115 NJW 1965, Heft 1/2, p. 1, p. 5; vid., asimismo, *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken..., cit., pp. 74 y ss, p. 79, p. 133, p. 144, p. 161, pp. 181 y ss.

116 Cfr., asimismo, *Cobo-Vives*, Derecho Penal. PG, cit., p. 126.

117 Ejemplos de restricciones teleológicas «legítimas» e «ilegítimas» pueden encontrarse en: *Baldó, F.*, ...estudio sobre las «situaciones de necesidad», cit., passim.

legal sancionador por encima de su sentido literal posible. Esto es, incrementando el ámbito de lo prohibido en perjuicio de reo. De ahí que en estos sectores del ordenamiento jurídico haya que situar a la restricción o reducción teleológica «*in malam partem*», junto a la prohibición de analogía «*in malam partem*»¹¹⁸. Un ejemplo de restricción teleológica prohibida en el ámbito del Derecho Penal sería el restringir, en general, la regla permisiva de la legítima defensa, en el sentido de que sólo justificase la conducta defensiva frente a agresiones graves. Pues ello, restringe su núcleo conceptual básico contra el plan legislativo. Otros ejemplos de restricciones teleológicas «legítimas» e «ilegítimas» son, a mi juicio, los siguientes: constituye una restricción teleológica «legítima» de la eximente de legítima defensa, aquélla que se realiza para que abarque sólo los casos de agresiones dolosas, y no los casos de agresiones imprudentes —que pasarán a regularse conforme a las reglas del estado de necesidad defensivo—. Pues, con ello no se viola el núcleo conceptual básico de la eximente conforme a la *ratio legis* del precepto que resulta de las ideas rectoras y principios operativos que subyacen a la misma —esto es, el plan legislativo—. En cambio, es correcto sostener que constituye una restricción teleológica «ilegítima» de la eximente de legítima defensa, el exigir que en ella se observen reglas de proporcionalidad más allá de los casos de desmedida desproporcionalidad, pues con ello

118 En la misma línea, probablemente, Zugaldía Espinar, J. M., Fundamentos de Derecho Penal, cit., p. 287.

se restringe su núcleo conceptual básico —en cambio, en los casos de desmedida proporcionalidad, sí cabe admitir una restricción teleológica legítima por no desnaturalizar el núcleo conceptual básico de la eximente conforme al plan legislativo que obliga, a mi juicio, a respetar el principio de solidaridad mínima¹¹⁹. Por lo demás, y para acabar, pese a la opinión contraria de algún destacado autor y de alguna jurisprudencia, a mi juicio, ni debería resultar prohibida en el ámbito del Derecho Penal la interpretación extensiva dentro del tenor literal posible¹²⁰, ni debería resultar obligada la interpretación más restrictiva de entre las posibles¹²¹.

V

12.— Las reflexiones hasta aquí apuntadas, permiten concluir confirmando la idea directriz que ha guiado todas las consideraciones hasta aquí reflejadas, esto es, la de que *la moderna teoría del «desarrollo continuador del Derecho» muestra el camino metodológico que permite erigir legítimamente el «constructo» de la teoría del delito y, por añadidura, el del Derecho Penal, pues esta*

119 Sobre todo ello, vid., con mayor amplitud, *Baldó, F.*, ... un estudio sobre las «situaciones de necesidad», cit., pp. 263 y ss y Parte Primera.

120 Por todos, *Mir Puig, S.*: Derecho Penal. Parte General, cit. p. 96.

121 Por todos, *Cerezo Mir, J.*: Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, pp. 181-182.

teoría establece los presupuestos y límites tanto de la interpretación «*secundum legem*» o interpretación en sentido estricto, como los presupuestos y límites de la constatación e integración de lagunas o, en sentido amplio, interpretación «*praeter legem*». Y, por lo demás, no sólo muestra el camino metodológico a seguir en esta construcción de la teoría del delito, sino que a su vez, *legítima y limita las reglas a seguir desde cualquier orientación concreta que se quiera dar a la teoría del delito* —esto es, desde cualquiera de sus «ismos»—. Por todo ello, no se puede aquí sino destacar su importancia.