

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS PENALES

Pablo E. NAVARRO/Andrés BOUZAT/Luis M. ESANDI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Interpretación, creación y valoración del derecho*. III. *Interpretación y sistematización*. IV. *Interpretación y asignación de significado*. V. *La vinculación del juez a la ley penal*. VI. *Interpretación y justificación: el papel de las normas*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia se afirma que la interpretación del Derecho es una etapa inevitable en el proceso de aplicación de normas jurídicas y justificación de las sentencias judiciales, y que este proceso interpretativo no puede ser completamente separado de consideraciones valorativas.¹ Denominaremos a este enfoque como *la tesis de la inevitabilidad de la interpretación*. Esta tesis plantea dificultades especiales en el ámbito del Derecho penal ya que según la concepción tradicional de atribución de responsabilidad penal, las decisiones judiciales pueden fundamentarse únicamente en las normas establecidas por el legislador, y que las valoraciones de los jueces no pueden invocarse como fundamento de las decisiones. Esta tesis refleja que la justificación normal de las decisiones judiciales son las decisiones normativas de los legisladores, y que los jueces se encuentran vinculados por esas normas promulgadas por las autoridades legislativas competentes. Denominaremos a este enfoque como *la tesis de la justificación*.

Es fácil advertir que existe una tensión entre interpretación del Derecho y justificación de decisiones penales. Por una parte, es usual

* Catedráticos en el respectivo orden de CONICET, Argentina y Universidad Nacional del Sur, Argentina, los dos últimos.

¹ Véase, por ejemplo, NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, pp. 84-129 (Barcelona: Ariel, 1994).

en la teoría jurídica ubicar a la interpretación del Derecho junto a los procesos de creación de normas.² El material jurídico, según esta concepción, siempre está al menos parcialmente indeterminado y es preciso una decisión judicial para resolver este defecto.³ Para esta concepción, la interpretación implica la creación de nuevas normas. Por otra parte, con frecuencia se sostiene que en un Estado de Derecho, la calificación normativa de una acción sólo puede ser legítimamente decidida por el legislador.⁴ Admitir que los jueces pueden crear derecho, aunque sea de manera ocasional, parece conllevar inevitablemente la consecuencia de que, en casos difíciles, los derechos y obligaciones de los individuos pueden ser establecidos retroactivamente por una decisión judicial.

El objetivo central de este trabajo es analizar la compatibilidad entre la tesis de la inevitabilidad de la interpretación y la tesis de la justificación. En particular, intentaremos mostrar que la plausibilidad de la tesis de la inevitabilidad se basa en la ambigüedad de algunas expresiones centrales, *e.g.* interpretación de normas, creación del Derecho, etcétera. Finalmente, sostendremos que el grado de vinculación de los jueces a las normas penales no surge de las mismas normas sino de las actitudes de los miembros de una cierta comunidad. Así, defenderemos que la obligatoriedad de las leyes no depende de lo que ellas prescriben sino de nuestra aceptación de la autoridad de los legisladores. Este argumento, sin embargo, no implica que los jueces deban aceptar la autoridad de los legisladores y justificar sus decisiones únicamente en lo que disponen esas autoridades normativas. Este problema, *i.e.* la naturaleza y alcance de la autoridad política, es uno de los temas centrales de la filosofía social y su análisis excede el marco de este trabajo.

II. INTERPRETACIÓN, CREACIÓN Y VALORACIÓN DEL DERECHO

Según hemos señalado, en el esquema clásico de separación de poderes, la interpretación del Derecho está asociada a la creación de Derecho, y por esta razón, los jueces tienen vedada esa actividad. La tesis de la inevitabilidad desafía esta concepción tradicional y sus conclusiones se basan en dos afirmaciones importantes: *a)* la interpretación es una etapa

² Véase, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 349 y ss. (México: Unam, 1979).

³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, pp. 38-39 (Madrid: Trotta, 1995).

⁴ Al respecto, véase BACIGALUPO, Enrique, "Sobre la vinculación del juez penal a la ley" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, núms. 1 y 2 (1997), pp. 39-50.

inevitable en el proceso de aplicación de normas, y *b*) las valoraciones son inevitables en la actividad interpretativa.

Una reconstrucción plausible de la tesis de la inevitabilidad de la interpretación tiene que ofrecer un análisis cuidadoso de la noción de interpretación del Derecho. Es notorio que la expresión “interpretación del Derecho” es usada con diferentes sentidos, y por esa razón, es conveniente introducir algunas precisiones. Hay dos conceptos de interpretación del Derecho que tienen un especial papel en las discusiones jurídicas. Por una parte, la interpretación consiste en asignar un significado específico a un determinado texto normativo, que por alguna razón en particular ofrece dificultades para su comprensión. Así, Ricardo Guastini afirma:⁵

En sentido estricto, ‘interpretación’ se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto, se dice, requiere interpretación (sólo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.

En este sentido, el objeto de la interpretación son las formulaciones normativas empleadas por una cierta autoridad. En estos casos, mediante la interpretación procuramos superar ciertas dificultades que impiden identificar a las normas que el legislador ha intentado comunicar a sus destinatarios. Por otra parte, también es usual denominar ‘interpretación’ a la tarea conceptual de desplegar las consecuencias lógicas de cierta información, en particular, de la información normativa proporcionada por el legislador. Así, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin señalan:⁶

Por lo pronto, parece claro que la descripción del Derecho no consiste en la mera transcripción de las leyes y de las otras normas jurídicas, sino que comprende, además, la operación que los juristas denominan vagamente ‘interpretación’ y que consiste, fundamentalmente, en la determinación de las consecuencias que se derivan de tales normas.

De esta manera, en el primer caso se intenta determinar *lo que dice* un determinado individuo, mientras que en el segundo caso, se hace explícito *lo que se sigue* de aquello que ha dicho determinado indivi-

⁵ GUASTINI, Ricardo, “La interpretación: objetos, conceptos, teorías” en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, pp. 21-21, Rodolfo Vázquez, editor, México, Fontamara, 1998.

⁶ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, pp. 67-68, Viena, New York, Springer Verlag, 1971.

duo. Para evitar ambigüedades, denominaremos “identificación” al primer proceso que nos lleva desde los textos a las normas, y reservaremos el término “sistematización” a la operación que nos conduce desde las normas a sus consecuencias lógicas en un cierto sistema normativo. Es importante resaltar algunas diferencias entre la identificación y la sistematización de normas jurídicas:

- i) La identificación se refiere a la tarea de asignar significados a ciertos textos mientras que la sistematización se refiere al desarrollo del contenido conceptual de las normas. En otras palabras, si nos referimos al proceso de identificación, entonces no hay interpretación de normas jurídicas sino únicamente de textos jurídicos.⁷ Pero, si hacemos referencia a la sistematización, entonces la interpretación opera sobre normas, es decir, un texto normativo con un significado específico.
- ii) Las dificultades interpretativas que se presentan a nivel de la identificación del Derecho surgen únicamente cuando tenemos dificultades para comprender cierta información que transmite la autoridad normativa.⁸ Sin embargo, en el nivel de la sistematización, la interpretación es siempre necesaria para dar cuenta de todo el contenido conceptual de lo que ha expresado el legislador.
- iii) Finalmente, al nivel de la identificación, las intenciones del legislador son de enorme importancia para saber que quiere decir un determinado texto, mientras que estas intenciones carecen de relevancia para saber qué es lo que dijo mediante ese texto. Las relaciones entre intenciones de las autoridades y validez de las normas es un tema tradicional en los estudios de interpretación del Derecho. Algunas veces se afirma, por ejemplo, que no es posible atribuir intenciones a órganos como “el parlamento”, o que no hay manera de seleccionar a las intenciones relevantes de estos órganos integrados por numerosos individuos.⁹ Otras veces se señala que el hecho de que una norma sea una consecuencia lógica de otras normas formuladas por el legislador no

⁷ ALCHOURRÓN, Carlos, “Systematization and Change in the Science of Law” en *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, p. 173, Lawrence Friedman *et al.*, editors, Berlín, Duncker & Humblot, 1986.

⁸ Acerca del carácter subsidiario de la interpretación, véase: MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, pp. 124-154, Oxford, Oxford University Press, 1992.

⁹ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, pp. 313, y ss., Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1985.

permite sostener que las consecuencias lógicas de una norma válida son también normas válidas.¹⁰ No es posible debatir aquí el alcance de estas observaciones. Sólo intentamos señalar que en el lenguaje ordinario, al cual puede subyacer una metafísica ingenua pero de ninguna manera manifiestamente equivocada, es usual atribuir intenciones específicas no sólo a personas sino también a grupos de individuos o entidades como, por ejemplo, el Estado.¹¹ De esta manera, si es posible identificar estas intenciones —y se puede conceder que en algunas circunstancias particulares no es posible atribuir tales intenciones— entonces ellas tienen algún peso en el proceso de interpretación. Esto no significa que sean el dato más importante, ni el único, sino solamente que no pueden ser ignorados sin una justificación especial.

En gran medida, las polémicas acerca de la interpretación del Derecho reflejan un intento de articular estas diferentes características, y con frecuencia los procedimientos y técnicas usuales de interpretación, *e.g.*, la deferencia a la intención del legislador, o la analogía, se engloban bajo el rótulo genérico de “argumentos interpretativos”.¹² De esta manera se oculta que estamos en presencia de operaciones diferentes (la identificación es empírica y la sistematización es conceptual), que se ejecutan sobre objetos distintos (la identificación se refiere a textos y la sistematización se refiere a normas) y que se relacionan de diferente manera con el conocimiento del Derecho (la relación entre conocimiento jurídico, interpretación e identificación de las normas es contingente mientras que la relación entre conocimiento jurídico, sistematización y desarrollo del contenido conceptual de un sistema es necesaria).

¿De qué modo afectan estas distinciones a la tesis de la inevitabilidad de la interpretación? Una vez que se distingue claramente entre, por una parte, la identificación y la sistematización del Derecho y, por otra parte, entre creación y aplicación de normas, es posible advertir que en gran medida el atractivo de la tesis de la inevitabilidad proviene de la ambigüedad de su formulación.

¹⁰ RAZ, Joseph, “Law, Authority and Morality” en *Ethics in the Public Domain*, pp. 210-214 (Oxford: Oxford University Press, 1995).

¹¹ MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

¹² EZQUIAGA, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulados del legislador racional” en *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, *op. cit.*, pp. 157-186.

III. INTERPRETACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN

Supongamos que mediante la tesis de la inevitabilidad, sólo sostenemos que la interpretación, entendida como proceso de sistematización normativa, es necesaria para la aplicación de normas penales. Este concepto de interpretación del Derecho intenta hacer explícito lo que se sigue lógicamente de ciertas normas. En la medida en que las disposiciones expresamente formuladas no agotan la información suministrada por el legislador sino que también es preciso dar cuenta de sus consecuencias lógicas, esta tarea interpretativa es necesaria a los efectos de capturar todo el contenido conceptual que intenta comunicar el legislador. Sin embargo, aunque se admita que esta tarea interpretativa es necesaria para determinar las calificaciones normativas que el Derecho ofrece para un problema normativo, es claro que esta operación deductiva *i*) no puede *crear* nuevas normas, y *ii*) las valoraciones de los jueces son completamente irrelevantes en este proceso interpretativo. Por una parte, si se admite que la operación de deducir no permite extraer información adicional a la suministrada por las premisas del argumento, entonces es claro que la sistematización es conceptualmente incompatible con la creación de Derecho. Por otra parte, las consecuencias lógicas de un enunciado no dependen de las actitudes proposicionales de los jueces o intérpretes sino únicamente de las reglas de la lógica. Por consiguiente, aunque en este sentido de la expresión “interpretación del Derecho”, *la tarea interpretativa es necesaria* para determinar exhaustivamente a todas las soluciones normativas que el legislador ha establecido para un cierto universo del discurso, de allí no se sigue que la interpretación se conecte a la creación del Derecho o a la valoración del Derecho.

IV. INTERPRETACIÓN Y ASIGNACIÓN DE SIGNIFICADO

Supongamos que la tesis de la inevitabilidad afirma que la interpretación, entendida como la actividad de asignar significado a un determinado texto normativo, es necesaria para la aplicación de normas penales. La palabra “interpretación” presenta una ambigüedad proceso-producto: por un lado es un *proceso* de reconstrucción semántica (Interpretación 1) y por otro un *resultado* de esa actividad (Interpretación 2). El resultado del proceso interpretativo es la *comprensión* del significado de algo, *e.g.* un texto normativo. Muchas veces comprendemos el significado de un texto (Interpretación 2) sin desarrollar ninguna actividad o proceso especial (Interpretación 1). Esto ocurre, por ejemplo,

cuando las convenciones semánticas son muy sólidas; cuando apuntamos a los casos centrales de aplicación de una palabra en sus contextos típicos, etcétera. Por supuesto, otras veces es preciso llevar a cabo una compleja actividad semántica (Interpretación 1) para llegar a comprender el significado (Interpretación 2).¹³

Esta distinción entre comprensión y reconstrucción muestra que no hay una vinculación conceptual entre la aplicación y la interpretación del Derecho. Existe, en cambio, una vinculación conceptual entre ambas cosas y la identificación del Derecho. Podemos aplicar el Derecho sin interpretar (ya que *comprendemos* el significado sin necesidad de interpretar, esto es, lo identificamos sin necesidad de interpretar en los casos de convenciones semánticas paradigmáticas). También podemos interpretar para comprender el significado y luego poder aplicar el Derecho (interpretamos para identificarlo y luego aplicarlo).

La tesis de la inevitabilidad sostenía:

1. La interpretación es una etapa inevitable en el proceso de aplicación de normas.
2. La valoración es una etapa inevitable en el proceso de interpretación.

La conclusión de este argumento es obvia: la valoración es una etapa inevitable en el proceso de aplicación de normas.

La distinción entre comprensión y reconstrucción muestra que la primer premisa de este razonamiento se refiere a dos situaciones diferentes: *reconstrucción* (Interpretación 1) y *comprensión* (Interpretación 2). En el primer sentido, *i.e.* en el sentido de reconstrucción, la tesis no es verdadera, ya que podemos aplicar el Derecho sin interpretación. Estos son los casos que Wittgenstein denomina “seguimiento de reglas”. Aquí, identificamos la regla —esto es, comprendemos su significado— sin necesidad de efectuar actividad interpretativa previa. En el segundo sentido, *i.e.* en el sentido de comprensión, la tesis es verdadera pero trivial ya que únicamente señala que la aplicación de una norma presupone la comprensión de su significado. Si la norma es un significado, no es posible aplicar un significado sin haberlo previamente compren-

¹³ Al respecto, señala Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas*, proposición 201, citado conforme a WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, p. 203, México, *Crítica*, 1988:

...hay una captación de una regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos “seguir la regla” o “contravenirla”... estamos inclinados a decir que toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse interpretación a esto: *sustituir una expresión de la regla por otra.*

dido. Pero ello no quiere decir que el Derecho esté indeterminado antes de la decisión del juez, o que la actividad jurisdiccional sea inevitable para conocer que es lo que jurídicamente se debe hacer.

Ahora detengámonos en la segunda premisa del argumento de la inevitabilidad. ¿Es la valoración inevitable en la interpretación de normas? Es obvio que si la interpretación es una actividad compleja dirigida a la comprensión del significado de un texto, normalmente deberá involucrar algún tipo de actividad evaluativa. El significado que se asigne a la expresión dependerá de los criterios utilizados por el intérprete, los que en última instancia dependerán de una decisión de éste. Pero esta valoración no puede identificarse sin más con cuestiones morales o axiológicas, ya que demasiadas veces lo que debe valorar quien pretende atribuir significado a un texto son cuestiones empíricas. Aún respecto de palabras que presentan lo que Schauer ha denominado como “autonomía semántica”,¹⁴ es necesario tomar una decisión respecto del alcance de las reglas semánticas vigentes en la comunidad. Habrá que evaluar cuál es el uso que hace de esa palabra la comunidad de hablantes; y, si bien se trata de una cuestión de hecho, en modo alguno se excluye la necesidad de valorar ciertas cosas (como, por ejemplo, aquellas pruebas relevantes para el caso) para decidir la cuestión.

Si la segunda premisa del argumento de la inevitabilidad significa que la valoración (en sentido moral o axiológico) es inevitable en la interpretación del Derecho, la misma sería falsa.¹⁵ Este tipo de valoración sólo es necesario cuando se trata de comprender el significado de una expresión que connote propiedades valorativas (no empíricas), en cuyo caso, la determinación de su denotación depende de la aceptación de ciertos juicios de valor. Cuando la expresión connota propiedades empíricas, la determinación de su denotación sólo depende de las reglas semánticas que existen en la comunidad, para cuya determinación cabe el mismo tipo de actividad de valoración que para decidir cualquier cuestión de hecho. Una cosa es valorar datos fácticos para adscribir significado a una expresión, y otra cosa es suscribir juicios de valor para adscribir significado a una expresión. Si a ambas cosas se las denomina “valoración” es harto probable que la ambigüedad de la expresión nos haga caer en el equívoco.

¹⁴ SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, pp. 53 y ss., Oxford, Oxford University Press, 1991.

¹⁵ Para una discusión clásica de este problema, véase: Hart, H.L.A. “Positivismo jurídico y separación entre Derecho y moral”, en Hart, H.L.A. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, pp. 36-40, Buenos Aires, Depalma, 1962.

Como corolario, podemos afirmar: *a)* que la interpretación no es una etapa inevitable en el proceso de aplicación de normas; *b)* que la valoración (moral o axiológica) no es inevitable en la interpretación.

Una vez que se ha rechazado la tesis de la inevitabilidad es necesario volver a preguntarse acerca de cuál es la mejor reconstrucción de las relaciones entre interpretación normativa y justificación de las decisiones judiciales. En las siguientes secciones intentaremos establecer las bases para una doctrina de la interpretación normativa que sea útil para comprender el papel que desempeñan los legisladores y el modo en que las normas funcionan en el razonamiento jurídico.

V. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY PENAL

El rechazo a la actividad creadora de Derecho por parte de los jueces y a la inevitable tarea interpretativa de los magistrados se manifestaba claramente no sólo en el desarrollo de la dogmática jurídico-penal sino también con frecuencia en las decisiones legislativas. Por ejemplo, el artículo 2.2 del antiguo Código Penal español (o el artículo 4 del nuevo Código Penal) establecía que las normas penales debían ser rigurosamente aplicadas por los jueces. Esto significaba que los tribunales debían aplicar la ley penal, sin pretender, mediante estrategias interpretativas, obtener soluciones normativas diferentes a las establecidas por el legislador.

¿Qué sentido tiene una disposición legislativa que impone a los jueces la obligación de aplicar otras leyes? Esta pregunta no puede ser respondida de manera simple. La única manera de cumplir con una norma *N_j* que impone obligaciones es ejecutando la acción prescrita por *N_j*. Por ejemplo, supongamos una norma que obliga a ejecutar la acción *p*, *e.g.* *Op*. Ante esta norma, parece claro que realizar *p* es la única manera de cumplir con *Op*. Ahora bien, admitamos que al sistema jurídico pertenece una norma que, como la del artículo 2.2. del antiguo Código Penal español, impone la obligación de aplicar *rigurosamente* las leyes penales. ¿Qué alcance tiene esta norma? ¿Bajo qué circunstancias es posible su obediencia o desobediencia? La respuesta a estas preguntas depende de a quién imponen obligaciones las leyes penales.¹⁶ Al respecto, Eugenio Bulygin sostiene:¹⁷

¹⁶ Al respecto, véase ROSS, Al, *Sobre el Derecho y la justicia*, p. 35, Buenos Aires, Eudeba, 1963.

¹⁷ BULYGIN, Eugenio, "Lógica y Normas", en *Isonomía* 1, 1994, p. 33.

Es razonable pensar que la norma general del Código Penal está dirigida a los jueces y les ordena castigar a todos los que cometen homicidio. Si esto es así, también la norma individual o derivada o deducida lógicamente de esa norma general (más la proposición de que Pedro ha matado a Alfredo) también está dirigida a los jueces —en particular al juez competente para entender en el homicidio de Alfredo— y le ordena castigar a Pedro. ¿Cómo cumple el juez la obligación que le impone esa norma individual de castigar a Pedro? Pues, dictando sentencia y condenando a Pedro a una determinada pena de prisión, por ejemplo a 12 años (no ya de 8 a 25 años).

Conforme a esta reconstrucción, es importante destacar dos cosas: *i*) las normas penales se dirigen a los jueces, y *ii*) los jueces cumplen con la obligación que ellas imponen cuando dictan una norma individual que se deduce de las normas penales generales (más los hechos relativos al caso en cuestión). De esta manera, la obligación de aplicar rigurosamente las leyes penales también se dirige a los jueces, pero ¿cuál es el contenido de esta obligación? Si se acepta que las normas penales, *e.g.* la norma que reprime el homicidio, imponen deberes a los jueces, entonces, ¿qué sentido tiene introducir *otra norma* que obliga a los jueces aplicar rigurosamente las normas que reprimen el homicidio? Dejemos de lado, por el momento, el calificativo “riguroso”, y concentrémonos en la obligación de aplicar las normas penales. Supongamos que la norma que reprime el homicidio puede ser representada como N1: “H → Os”. Esta fórmula puede leerse de la siguiente manera “Si alguien comete homicidio, entonces debe ser castigado con la pena s”. Imaginemos que el evento *h*, *e.g.* el asesinato de Alfredo, es un caso de homicidio, esto es, que puede subsumirse bajo la norma N1. La única manera que tiene el juez de satisfacer a la norma N1 es imponiendo el castigo *s* al autor del homicidio *h*. Ahora bien, supongamos una norma N2 que prescribe a los jueces aplicar N1. La única manera de obedecer a N2 es obedeciendo a N1, es decir, imponiendo el castigo *s* en casos de homicidio; y la única manera de desobedecer a N2 es desobedeciendo a N1. De allí se sigue que la norma N2 no tendría un contenido independiente, y su introducción en el sistema normativo sería redundante.¹⁸ Hay dos consecuencias importantes de este argumento:

1. Si las normas penales están conceptualmente relacionadas con restricciones al comportamiento y obligaciones de los jueces, entonces,

¹⁸ Este argumento ha sido tomado de Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, pp. 18-19, México, Fontamara, 1991.

una norma como la que establece el deber de aplicar las leyes penales no tiene contenido normativo independiente.

2. Debido a su redundancia con otras obligaciones que imponen las leyes penales, la derogación de la norma que establece el deber de aplicar las leyes penales no afecta las obligaciones que tienen los jueces.¹⁹

En este argumento se ha admitido explícitamente que las normas penales imponen obligaciones y que la única manera de satisfacerlas es ejecutando el contenido normativo prescripto. Bajo este punto de vista, la calificación de *rigurosa* a la obligación de aplicar las leyes sería sólo una expresión retórica, destinada a conferirle mayor dignidad a la obligación (redundante) de aplicar las normas penales. Es decir, las normas o bien se aplican o bien no se aplican, y no existe diferencia alguna entre la *aplicación de una norma* y la *aplicación rigurosa de una norma* desde el punto de vista de la acción que se exige a sus destinatarios. Por esta razón, la norma que impone la obligación de aplicar las normas penales es redundante y su derogación sería vacua.

Sin embargo, una manera de otorgar relevancia a la derogación de una disposición, como el artículo 2.2. del Código Penal Español (*i.e.* la derogación de una norma que establece la obligación *rigurosa* de aplicar otras normas) es sostener que no se trata de eliminar la obligatoriedad de las normas penales sino de comprender a esta exigencia de una manera diferente. Así, la derogación de la norma que establece una aplicación rigurosa de las leyes penales podría significar una opción de considerar a las normas penales como buenas razones para decidir de una manera específica. En otras palabras, las leyes penales no suministrarían razones excluyentes, opacas respecto a su justificación en un contexto de decisión, sino más bien razones de primer orden que deben integrarse en un balance de razones en un contexto de decisión racional.

Por supuesto, no es posible mediante un simple análisis gramatical de una norma extraer una conclusión de enormes consecuencias teóricas acerca del funcionamiento del Derecho en general y del Derecho penal en particular. Sin embargo, el debate acerca de las relaciones entre disposiciones constitucionales y normas penales inferiores, a menudo se

¹⁹ Por ejemplo, BACIGALUPO, Enrique, en ‘Sobre la vinculación del juez penal a la ley’, *op. cit.*, p. 44, sostiene que la norma del art. 2.2. del viejo Código Penal español habría quedado derogada por su incompatibilidad con la Constitución española. Sin embargo, Bacigalupo no parece advertir que si esa norma no tiene contenido independiente, la derogación no afecta el contenido conceptual del sistema normativo.

plantea a la luz de la distinción entre reglas y principios. Esta discusión es una de las más importantes de la teoría jurídica contemporánea y es conveniente, entonces, considerar el modo en que un análisis de la vinculación del juez a la ley penal puede beneficiarse de una mayor comprensión de las relaciones entre diferentes tipos de razones para la acción que ofrece el Derecho.

VI. INTERPRETACIÓN Y JUSTIFICACIÓN: EL PAPEL DE LAS NORMAS

Es frecuente afirmar que el Derecho es una herramienta de control social, es decir, que intenta determinar tanto el comportamiento de los ciudadanos como también las decisiones institucionales de los funcionarios de una cierta comunidad. No abordaremos en este trabajo la manera en que el Derecho incide en el comportamiento de los ciudadanos,²⁰ más bien nos concentraremos en la manera en que el Derecho controla las decisiones de los funcionarios, y en particular, de los órganos judiciales. En general, el modo en que el Derecho interviene en razonamiento justificatorio de los jueces es una función del *alcance* y de la *fuerza* de una norma. El alcance de una norma se refiere a los casos que esa norma regula, mientras que la *fuerza* de una norma depende de su aptitud para justificar una decisión institucional. A menudo, la diferencia entre estas dos dimensiones de las normas jurídicas es pasada por alto en virtud de un dogma que establece que una norma válida debe ser aplicada en un cierto caso si y sólo si esa norma regula el caso en cuestión.²¹ Veremos, sin embargo, que esta tesis tiene que ser reformulada para dar cuenta de importantes situaciones.

Una norma regula un conjunto de situaciones abstractas (Universo de Casos), que puede ser identificado a partir del análisis lógico de las propiedades (Universo de Propiedades) que el legislador ha seleccionado como relevantes para la solución de un determinado problema. La identificación de estas propiedades relevantes depende, en gran medida, de la interpretación de las formulaciones normativas, es decir, es una función del modo en que relacionamos a los textos jurídicos con las normas que ellos expresan. Sería, sin embargo, un error sostener que esta etapa interpretativa agota el problema del alcance de una norma.

²⁰ Al respecto, véase, Pablo E. NAVARRO, *La Eficacia del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

²¹ Al respecto, véase: Pablo E. NAVARRO, "Interpretación de normas penales y atribución de responsabilidad" en *Iter Criminis*, 4, 2000, pp. 47-59.

Tal como hemos señalado anteriormente, es preciso también tener en cuenta a las consecuencias lógicas que se derivan de una norma expresamente formulada. Esta última advertencia es especialmente importante. Supongamos que una norma expresamente formulada por la autoridad correlaciona una cierta situación *H*, e.g. hurto, con una determinada solución, e.g. Obligatorio castigar con determinados años de prisión. Esta norma puede ser representada, con la ayuda del símbolo del condicional material “ \rightarrow ”, como “ $H \rightarrow Os$ ”. Conforme a esta reconstrucción, el hurto es un elemento decisivo al momento de establecer qué es lo que debe hacer el juez ya que su ocurrencia es una *condición suficiente* para que surja la obligación de castigar con pena de prisión. Por esta razón, cuando *H* se produce en conjunción con otro hecho *I*, por ejemplo, que la víctima sea menor de edad, la calificación normativa asociada a este hecho complejo se mantiene. En otras palabras, “ $H \& I \rightarrow Os$ ” se sigue lógicamente de la norma formulada “ $H \rightarrow Os$ ”. De esta manera, mediante la operación conocida como *refuerzo del antecedente* podemos constatar que la calificación normativa de una acción se hereda desde ciertas situaciones más simples a otras situaciones más complejas. Esto pone de manifiesto la importancia de la *sistematización*, es decir, de la operación de hacer explícitas las normas derivadas del conjunto de normas que expresamente ha formulado la autoridad.

El contenido conceptual de las decisiones de la autoridad normativa no se agotan en aquello que ha prescripto explícitamente sino que también se proyecta a sus consecuencias lógicas. De esta manera, la expresión “decisión” oculta una importante ambigüedad ya que se refiere tanto a la solución proporcionada por el legislador para aquellas situaciones sobre las que ha reflexionado y ha tomado expresamente una posición así como también a aquellas situaciones que, aun cuando la autoridad no se hubiese percatado de ellas, heredan la solución establecida por las normas expresamente formuladas.

A menudo, las decisiones de la autoridad son calificadas mediante *excepciones* explícitas, que afectan la solución que un juez debe adoptar. Por ejemplo, la eximente de responsabilidad aplicable a los cónyuges, en casos de hurto, defraudación o daño en conformidad con lo dispuesto por el artículo 185 del Código Penal argentino. En este caso, la concurrencia del hurto junto con una situación considerada relevante por el legislador, *i.e.* la relación de ligamen o parentesco entre quien comete el delito y la víctima, introduce una propiedad *M* (matrimonio) relevante, y puede ser representado del siguiente modo: “ $H \& M \rightarrow Os$ ”. Esta fórmula puede leerse de la siguiente manera: en casos de hurto

cometido entre cónyuges es obligatorio no castigar. Sin embargo, el artículo 162, que reprime el Hurto de forma genérica, expresa “H → Os” y en virtud del refuerzo del antecedente se sigue “H&M → Os”. Por consiguiente, a efectos de evitar una reconstrucción incoherente del sistema, hay que admitir que el artículo 185 ofrece una excepción a lo dispuesto por el artículo 162.

Aunque es probable que ningún juez tenga mayores dudas acerca de la solución del caso “H&M”, la reconstrucción teórica de esta situación ofrece serias dificultades. En otras palabras, aunque la identificación de las excepciones que explícitamente ofrece el legislador no genera mayores dificultades al momento de establecer la solución jurídica de un cierto caso, su adecuada elucidación teórica es aún un problema abierto en la dogmática penal. Así, se debate, por ejemplo, acerca de la naturaleza de las excepciones previstas por el legislador, o acerca de las relaciones entre las excepciones y las causas de justificación, o sobre si las excepciones expresan normas permisivas o un mero límite a la punibilidad.²²

Una manera usual de analizar este tema es admitir que la formulación que reprime un cierto delito, por ejemplo el hurto, no expresa todo su contenido conceptual, es decir, la individualización de la norma que expresa una formulación normativa no se agota en la mera asignación de significado al texto promulgado por el legislador. La individualización de las normas jurídicas sería una *construcción jurídica* a partir del material suministrado por el legislador. Esta construcción no es arbitraria ya que hay normalmente un conjunto de criterios que guían esta actividad. Por ejemplo, los juristas intentan satisfacer la exigencia de *relevancia*. Ello significa que al momento de enunciar cuál es la norma completa que expresa un determinado conjunto de textos normativos, introducen en este momento analítico las excepciones u otras disposiciones pertenecientes, por ejemplo, las disposiciones de la parte general de los códigos. De esta manera, al legislar sobre el hurto, la autoridad normativa no necesita repetir nuevamente cuál es el ámbito personal de validez de las normas penales ya que esa cuestión ha quedado resuelta en otras disposiciones (*e.g.*, artículo 1 CP). Esta estrategia de análisis resuelve el problema de las excepciones señalando que el contenido conceptual prescripto por el legislador en el caso de hurto no debe confundirse con el significado atribuido al artículo 162. Así, la representación de la norma completa relativa al hurto debería tener en

²² Al respecto, véase: BACIGALUPO, Enrique, *Delito y punibilidad*, pp. 107 y ss. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

cuenta las circunstancias relevantes que el legislador ha expresado en otras disposiciones. Por consiguiente, no podemos representar al hurto mediante “ $H \rightarrow Os$ ” sino, por ejemplo, mediante “ $H \& \neg M \rightarrow Os$ ”. Las excepciones pueden ser consideradas como una revisión del supuesto de hecho establecido por el tipo genérico. Si simbolizamos a la revisión de “ H ” mediante “ fH ”, entonces el contenido conceptual de la norma que reprime el hurto sería representado mediante “ $fH \rightarrow Os$ ”.²³ Conforme a esta reconstrucción, la obligación de sancionar en el caso de hurto surge únicamente luego de establecer el alcance del operador de revisión que limita el *alcance* del artículo 162.

Sin embargo, la pretensión de autonomía y relevancia es a menudo postergada por la exigencia de *economía* en la reconstrucción del material normativo, que sugiere que el mejor criterio para individualizar a las normas jurídicas es tratar de respetar la información proporcionada por el legislador. De esta manera, los diferentes artículos de un código son la mejor guía para establecer cuales son las *normas* que ha expresado el legislador.²⁴ En esta reconstrucción, las excepciones no limitan el *alcance* de una norma sino más bien afectan a su *fuerza institucional*. La fuerza institucional de una norma, en un caso particular, es una función de su aptitud para justificar una decisión institucional, *e.g.* una sentencia judicial. Así, en aquellos casos en que concurre una excepción, la decisión del juez no estará justificada si no toma en cuenta esta circunstancia excepcional. Por esta razón, no es preciso sostener que el artículo que reprime genéricamente al hurto, *i.e.* artículo 162 *no regula* aquellos casos en que el sujeto pasivo del hurto es el cónyuge o ascendientes o descendientes del sujeto activo. Por el contrario, una vez que se distingue entre *alcance* y *fuerza* de una norma se puede admitir que el hecho de que una norma regule un caso no es suficiente para imponer una solución al problema normativo. Esta solución dependerá normalmente tanto del *alcance* como también de la *fuerza* de un cierto conjunto de disposiciones normativas.

²³ Al respecto, véase: ALCHOURRÓN, Carlos, “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals”, en *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, J. Mayer *et al.* (eds.) Amsterdam: Willey & Sons, 1999; “Defeasible Logics: Demarcations and Affinities”, en *Conditionals: From Philosophy to Computer Science*, G. Crocco *et al.* (eds), pp. 67-102. Oxford, Clarendon Press, 1995 y “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, en *Studia Logica* 57, 1996, pp. 5-18.

²⁴ RAZ, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a ed., pp. 70-92, Oxford, Oxford University Press, 1980.

Dos razones son relevantes para comprender las dificultades para analizar adecuadamente los problemas que suscitan las excepciones. Por una parte, los criterios de individualización de normas, *e.g.* relevancia y economía expresan normalmente exigencias inversamente proporcionales, es decir, a mayor economía menor relevancia y viceversa.²⁵ Por otra parte, dado que normalmente las normas que tienen fuerza institucional para justificar una decisión son aquellas y únicamente aquellas normas válidas que regulan el caso en cuestión, no es frecuente distinguir entre ambas propiedades de las normas jurídicas. Una consecuencia de esta falta de claridad en el análisis de las normas se refleja en la idea que las normas jurídicas, cuando son válidas y aplicables a un cierto caso, imponen concluyentemente una solución. De esta manera, los órganos de decisión prefieren introducir argumentos interpretativos que les permitan sostener que la norma no regula el caso en cuestión (*i.e.* no se encuentra dentro del alcance de la norma) en lugar de afirmar que la norma regula el caso pero carece de la fuerza necesaria para justificar una decisión institucional. Esto implica reconocer, aunque sea de manera implícita, que si la norma regulase el caso, entonces no habrá más alternativa que aplicarla a efectos de producir una decisión jurídicamente justificable.

Por supuesto, la situación es más compleja cuando se trata de dar cuenta de las *excepciones implícitas* a determinadas regulaciones normativas. En este caso, el problema central es si es posible admitir la relevancia normativa de circunstancias que no han sido expresamente consideradas por el legislador. Tres posiciones son especialmente interesantes en esta discusión, y a los efectos de su presentación las denominaremos como *legalista*, *garantista* y *moralista*:

- a) *Posición legalista*: En un Estado de Derecho, el *imperio de la ley* impide tomar en cuenta a aquellas propiedades que deberían ser relevantes conforme a determinados estándares morales, pero que el legislador no ha admitido entre el conjunto de normas promulgadas ni se derivan de sus disposiciones expresamente adoptadas.
- b) *Posición garantista*: Las excepciones implícitas son admisibles en tanto que permiten considerar circunstancias relevantes favorables al imputado en un caso concreto. En general, la justificación de esta posición podría seguir el siguiente argumento: Los individuos tienen Derechos que deben ser reconocidos y garantizados por el

²⁵ NINO, Carlos, "La nulidad jurídica y el papel de la teoría general del Derecho" en *La Validez del Derecho*, pp. 201 y ss., Buenos Aires, Astrea, 1985.

Estado y, a la inversa, el Estado no tiene un Derecho a castigar a los individuos. Por ello, las excepciones implícitas son necesarias para dar vigencia plena al esquema de Derechos individuales más allá de las circunstancias generales que el legislador ha considerado expresamente.

- c) *Posición moralista*: Las excepciones implícitas son el reflejo de argumentos morales que gobiernan la justificación de una decisión práctica. Desde el punto de vista de las razones morales que subyacen a la justificación del Derecho siempre es posible que se produzca una divergencia entre las disposiciones jurídicas y las justificaciones morales subyacentes. De esta manera, el control que ejercen las razones morales en las decisiones jurídicas justifican tanto la relevancia de excepciones implícitas a favor del imputado como así también la irrelevancia de excepciones y/o causas de justificación expresamente adoptadas por el legislador y que no fuesen moralmente defendibles. De esta manera, por ejemplo, podría condenarse a un imputado que invocase a la “obediencia debida” —expresamente reconocida por el legislador— como una causa de justificación de sus acciones para aquellos casos en que nuestros argumentos morales no justificasen su comportamiento. En otras palabras, una vez que se admite que sólo las razones morales pueden justificar a la práctica de imponer sanciones, no habría justificación para restringir la revisión del material jurídico sólo a aquellos casos favorables al imputado.²⁶

Es fácil advertir que estas diferentes actitudes que se pueden adoptar hacia las disposiciones jurídicas no pueden ser *impuestas* por el legislador, sino que dependen del respeto y fidelidad que los miembros de una comunidad dispensen a su sistema jurídico. En otras palabras, aunque el legislador disponga que sus leyes tienen que ser obedecidas y aplicadas rigurosamente, la eficacia de esta exigencia es una función del modo en que las leyes intervengan en el razonamiento práctico de los miembros de una cierta comunidad. Después de todo, las leyes pueden ser consideradas sólo como una *buena razón* para justificar una decisión institucional, y pueden ser dejadas de lado cuando, en el balan-

²⁶ Para una defensa de este enfoque de las causas de justificación y su papel en la atribución de responsabilidad penal, véase: FLETCHER, George P. “The Nature of Justification” en *Action and Value in Criminal Law*, pp. 175-186, Stephen Shute, John Gardner y Jeremy Horder (editores), Oxford, Oxford University Press, 1996. También, Fletcher George. P., *Basic Concepts of Criminal Law*, pp. 106 y ss. Oxford, Oxford University Press, 1998.

ce de razones, otras razones superan el peso que tiene una norma para imponer una decisión. Conforme a esta actitud, las normas intervienen en la justificación de una decisión en un cierto caso, *i.e.* son *condiciones contribuyentes* para la solución del caso. Sin embargo, los miembros de una comunidad también podrían considerar que las leyes ofrecen razones que *excluyen* la formación de un balance de todas las razones relevantes para un *caso particular*. Conforme a esta actitud, las normas imponen una solución al caso en cuestión, *i.e.* son condiciones suficientes para la solución del caso.

VII. CONCLUSIONES

Conforme a una manera tradicional de abordar el papel que tradicionalmente se les asigna a las normas jurídicas en la justificación de una decisión institucional, los órganos de adjudicación no pueden participar en el proceso de creación de normas penales y su responsabilidad institucional se agota en la aplicación del Derecho. Un presupuesto fuerte de esta posición teórica es que es posible trazar una nítida distinción entre los procesos de creación y aplicación del Derecho. A su vez, una consecuencia importante de esta reconstrucción es que la interpretación de las normas jurídicas está vedada a los jueces, ya que los argumentos interpretativos son normalmente considerados como una manera incidental de creación de Derecho.

Este paradigma del análisis de las relaciones entre juez y ley penal ha sido objeto de importantes desafíos. Aunque existen numerosas versiones de estas objeciones a la reconstrucción tradicional, todas guardan un estrecho *parecido de familia* con la tesis según la cual la interpretación es inevitable en el proceso de aplicación de las normas jurídicas. Esta “brecha interpretativa” haría necesaria la irrupción de las valoraciones de los jueces en su tarea de justificar sus decisiones, y esta actitud abierta al discurso moral cobra especial relevancia al momento de evaluar la relevancia de excepciones implícitas al alcance de las normas penales. Las réplicas usuales a estas estrategias argumentativas son que, bajo pretexto de interpretación de las disposiciones legales y de análisis de los conceptos centrales del proceso de aplicación del Derecho, se introducen, como solución a los casos jurídicos, las propias valoraciones de los jueces y/o dogmáticos.

En este trabajo hemos intentado reconsiderar la plausibilidad de estas objeciones al paradigma tradicional de justificación de las decisiones institucionales. Para ello hemos introducido algunas distinciones nece-

sarias para evitar conclusiones ambiguas, cuya plausibilidad y poder persuasivo a menudo disminuyen cuando se exige mayor claridad conceptual. En particular, hemos considerado necesario distinguir entre:

- a) La identificación, individualización y sistematización del Derecho. La identificación está ligada a la asignación de sentido a una determinada formulación normativa. La individualización se refiere al uso de un conjunto de criterios que nos permiten determinar las normas completas de un determinado ordenamiento. Finalmente, la sistematización se refiere al proceso de derivar las consecuencias lógicas de las normas jurídicas válidas.
- b) El alcance o ámbitos de validez de una normas jurídica y la fuerza o aptitud para justificar decisiones institucionales de las normas jurídicas.
- c) Las decisiones institucionales basadas en un balance de razones, *i.e.* que integran a todas las circunstancias relevantes en el razonamiento justificatorio, y las decisiones institucionales basadas en reglas que excluyen la formación del balance de razones.

Sólo una vez que se introducen estas distinciones es posible debatir claramente acerca de las diversas actitudes morales que los miembros de una comunidad, y en especial sus jueces, despliegan ante el Derecho. Son estas actitudes, en definitiva, y no las pretensiones del legislador, las que determinan el alcance, la fuerza y el tipo de razón que ofrecen las normas jurídicas. De esta manera es posible abordar claramente bajo qué condiciones una estrategia interpretativa conlleva un cambio normativo y de qué manera es posible dejar de lado una norma jurídica—al momento de justificar una decisión— sin recurrir a la ficción de que la norma no regulaba el caso.

Finalmente, la reconstrucción conceptual que hemos ofrecido en este trabajo es neutral acerca de los valores (seguridad jurídica, sensibilidad contextual, etcétera) que deberían prevalecer en un Estado de Derecho que incorpore principios constitucionales, y que puedan servir para justificar excepciones al alcance o la fuerza de las leyes generales. La elucidación del peso o deferencia a estos valores excede claramente el ámbito de la dogmática penal o del análisis conceptual y tiene que establecerse en un discurso moral ordinario.