

**DE LA LEY PENAL Y LA ANALOGIA**  
***Desmitificando tabúes sobre la aplicación de la analógica en el Derecho Penal a la luz del análisis de un precedente jurisprudencial***<sup>1</sup>

María Alejandra Provítola\*

**RESUMEN**

*La completa o genuina sujeción a la ley solo existirá cuando el juez, además de considerar la letra del texto legal, también observe su finalidad, siendo que lo contrario constituiría una mera sujeción aparente que, llegado el caso, podría implicar una desviación de poder por parte del juzgador*<sup>2</sup>.

La aplicación de la analogía dentro del límite constitucional no conllevaría conculcación alguna del *principio de legalidad*, siendo que la importancia de su análisis radica en que la *ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad, por lo que sin una ley previa, que haya declarado previamente punible un hecho no puede merecer una pena del derecho penal, siendo indiscutida la jerarquía constitucional de este derecho.*

**ABSTRACT**

Complete or genuine subjection to the law will arise only when the judge, as well as consider the letter of the legal text, also note its purpose, being that otherwise will be a mere apparent restraint, eventually could constitute a misuse of power by the judge.

The application of analogy in the constitutional limit does not entail any violation of the principle of legality, being that the importance of his analysis is that the "criminal law has a decisive role in the guarantee of freedom, by what without a previous law, which has previously declared punishable a fact does not merit a criminal penalty" being unchallenged constitutional hierarchy of this right.

\* Abogada con diploma de honor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad del Salvador, doctoranda de la Carrera de Doctorado de Derecho Penal y Ciencias Penales de la misma universidad.

Especialista en Reglas Internacionales contra la Corrupción y Especialista Nacional Avanzado en la Lucha contra el Narcotráfico.

Docente de la Universidad del Salvador en la carrera de Abogacía en la materia Derecho Procesal III, Procesal Penal. Disertante en jornadas sobre Corrupción y sobre Transparencia en los órganos de control del Delito. Autora de los artículos: "La crisis del "Ideal Resocializador" y el ¿Ahora Que? Hacia una teoría del castigo como *equilibrio social*" Revista Pensamiento Penal 219, ISSN: 1853-4554 y "Ontología de la Corrupción. El primer problema irresuelto para un flagelo histórico", Diario La Ley suplemento USAL, ISSN 0024-1636 RNP 4984552 19 de junio 2015.

Prosecretaría Letrada de la Procuración General de la Nación, ex Auditora General de Asuntos Internos del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y ex Subsecretaria de Investigaciones de la misma cartera ministerial.

**PALABRAS CLAVES**  
**Ley penal-interpretación-analogía.**

<sup>1</sup> El presente trabajo fue inspirado en la investigación realizada en el marco del seminario *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la teoría del Fraude de Ley* dictado por el Dr. Eduardo Riggi (h) en la carrera de Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador en el año 2013.

<sup>2</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, editorial Ad Hoc primera edición enero 2013, p 419.

## KEY WORDS

Law penal-interpretacion - analogy.

*“Puede pensarse en un círculo cuyo centro se encontrara una ley y que ésta desplegará su natural majestuosidad robustecida por la deseable certeza de las palabras, que de ese modo contribuyan a concretar la utopía realizable de una seguridad nutrida de justicia.”<sup>3</sup>*

## I.- INTRODUCCION

### I.a.- Explicación del método empleado.

La disyuntiva que se presentará en este trabajo, y cuyo alcance revela el título escogido para la presentación, estará basada en el análisis de un caso judicial, intentándose discernir el método de interpretación de los enunciados jurídico-penales empleados; para luego decidir si el tenor literal de los mismos deviene como basamento del paradigma de la satisfacción del principio de legalidad o si, en razón de la recta justicia en que deben inspirarse los pronunciamientos judiciales, es factible emplear otros métodos de interpretación de las normas penales que aplique la comparación entre los semejantes supuestos planteados en la ley penal; al menos, ante un “*hard case*”, lo que en Derecho se conoce como “*analogía*”.

Se intentará demostrar la imperiosa necesidad que se presenta en la coyuntura doctrinal y jurisprudencial actual, el abordaje y reconocimiento de un asunto que en Derecho Penal aparecía hasta ahora como un verdadero tabú, como un insulto al pensamiento dogmático, y que a la luz de cierta tesis, parece despejarse hacia la seguridad jurídica a la que aspiraba el autor recién citado, en miras de la existencia de *un mínimo de orden, donde el concepto ley esté íntimamente asociado a la noción de “libertad”*.<sup>4</sup>

Para llegar a tales aproximaciones luego de exponer el asunto en su cruda médula, trataremos de conceptualizar las aristas principales de la temática como punto de partida de un retrato sobre las principales doctrinas que se fueron elaborando en materia de *interpretación de la ley*<sup>5</sup>, poniendo especial énfasis en las más modernas posiciones que observan la *ratio* de la norma como punto fundamental para cualquier conclusión.

A la par se analizarán los conceptos y alcance de la *analogía* para el Derecho y si en el caso concreto se utilizó la interpretación analógica *in malam partem* o si, por el contrario, el falso sofisma de la prohibición de analogía –en un alcance no acertado- ha dejado vías libres a la aparición de un posible *fraude de ley*.

Todo lo expuesto será objeto de análisis a partir de las posiciones jurisprudenciales vertidas en el caso “Carbajal Zapata”, en especial en el marco

<sup>3</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, Publicado en Academia Nacional de Derecho 2010 (diciembre), LA LEY 29/09/2011, LA LEY 2011-E, 1103 La Ley, p. 1 al tiempo de comentar la obra “Gramática” de Andrés Bello.

<sup>4</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, óp. cit, p. 1

<sup>5</sup> Se observará que la recopilación de las mismas es sólo descriptiva y no acaba comprendiendo todas teorías que se hubieron elaborado sobre el particular.

del trámite del recurso de apelación tramitado ante la Cámara de Apelaciones de fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>6</sup>.

I.b.- El planteo del caso. Detalle de las posturas esgrimidas.

Se trata el supuesto de la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia de la Excm. Cámara de Apelaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto dispuso, en junio de 2013, confirmar la decisión del titular del Juzgado Penal Contravencional y de Faltas nro. 9, que había resuelto **hacer lugar al planteo de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad y en consecuencia sobreseer al imputado** en una causa cuyo objeto era la detentación por parte del allí encausado en un tiempo y lugar determinado, de un arma de fuego revolver calibre 22 largo, con marca y numeración visible sin cachas, con tambor, más sin cartuchos de balas colocados al momento del secuestro. Dicho episodio se subsumió en las previsiones del artículo 189 bis inciso 2 primer párrafo del Código Penal (CP) y, a la postre, se determinó mediante pericia que en las condiciones en que se encontraba el revólver, éste no resultaba apto para producir disparos<sup>7</sup>.

Así pues, luego de otras cuestiones procesales, la defensa oficial del incurso interpuso una excepción por **manifiesto defecto por atipicidad de la conducta imputada**, al considerar que, en función del resultado de la pericia balística, no constituía el elemento incautado un “arma” en los términos de la doctrina y jurisprudencia. La jueza hizo lugar al planteo.

En oportunidad de expedirse el Fiscal General señaló que, si al momento del examen pericial y en las condiciones en que fue recibida el arma, ésta no era apta para producir disparos, existía la posibilidad de dispararla bajo ciertas condiciones, lo que descartaba su falta de aptitud para los fines específicos y que tal circunstancia permitía **descartar el carácter manifiesto** que el código ritual exige para la excepción y que a todo evento la **discusión sobre la idoneidad o no del arma para cumplir sus fines, resultaba una cuestión abstracta en virtud de la reforma que por la ley 25.882 incorporó al delito de robo un agravante -pero atenuado- al robo con armas de fuego cuando éste se realiza con armas no aptas** –artículo 166 inciso 2 párrafo 3 CP-; lo que implicó que el defensor ante la Cámara solicitara la **inconstitucionalidad de la interpretación realizada por el Fiscal del artículo 189 bis**.<sup>8</sup>

Ante la confirmación de la Excm. Cámara de la decisión del titular del Juzgado Penal Contravencional y de Faltas en cuanto hacía lugar al planteo de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, el Fiscal de Cámara presentó un **recurso de inconstitucionalidad**.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Causa 35638-00-CC-12

<sup>7</sup> Luego de la indagatoria del imputado, el fiscal de grado y el defensor se habían presentado en diciembre de 2012 ante el juzgado solicitando la homologación de un acuerdo al que se había arribado relativo a las medidas restrictivas para imponer al imputado, habiéndose homologado el mismo e impuesto al mencionado Carbajal Zapata el cumplimiento de las medidas restrictivas, disponiéndose la libertad del imputado.

<sup>8</sup> Agregó que el arma estaba descargada, le faltaba una parte y no se secuestró otro elemento que pudiera corroborar su funcionamiento.

<sup>9</sup> En esa ocasión se consideró:

- a) que en el fallo recurrido se había realizado una interpretación *contra legem* del artículo 189 bis 2 del CP, en tanto la Cámara había realizado una interpretación del artículo 189 bis sin haber

Las posiciones esgrimidas en el relato de este recurso reflejan con claridad las distintas posiciones que se ciñeron en los razonamientos del órgano revisor y del órgano acusador. El tema en examen no es menor habida cuenta de que en un caso, la solución conllevó a la absolución del encausado y el otro a la punición del mismo por su estricta adecuación típica a un delito.

Trasluce este supuesto el *quid* de dos métodos de interpretación de las normas penales, o de sus enunciados, implicando un ejemplo de la lucha entre las enquistadas prácticas que toman la literalidad de los términos de los enunciados jurídicos penales como único resorte de interpretación posible, en aras de preservar la aplicación del principio de legalidad y, por otro lado, aquellas posiciones que demuestran que el obligatorio respeto al principio de legalidad en aras a la seguridad jurídica se deriva no sólo de las expresiones literales de las normas consideradas aisladamente, sino de la racionalidad de las mismas, considerando su finalidad *-ratio-* y computando la totalidad de sus preceptos de manera coherente *-interpretación hermenéutica y teleológica-*, de forma tal que, tomando como marco los principios constitucionales, procure una posición mas justa frente al injusto que evalúan en el caso concreto. Resultando así constitucionalmente admisible en nuestro Derecho considerar que, en ese proceso de interpretación o a partir del mismo, los razonamientos por analogía resultan claramente aplicables.

Se verá pues cómo desentrañar el *quid* de estas afrentas que, a juicio de la postura que aquí sostengo, sólo deja ver el escozor que produce para alguna parte de los pensadores u operadores del Derecho Penal **considerar a la analogía como posible y de razonamiento consubstancial a la hora de interpretar los enunciados jurídico-penales.**

## II.- LOS ENUNCIADOS JURÍDICO-PENALES

### II.a.- Las normas penales y sus enunciados.

El **enunciado legal** –como vehículo de expresión de normas legales- es un *conjunto de símbolos lingüísticos que debería diferenciarse del mensaje prescriptivo que transmite* –como aquel que prescribe una norma determinada- y que resulta único de la norma jurídica<sup>10</sup>.

---

declarado su inconstitucionalidad lo que importaba una derogación de la tenencia de arma de fuego sin la debida autorización legal, toda vez que la norma NO exigía para su configuración típica la demostración de la aptitud o idoneidad del arma.

- b) que para ello se había soslayado además la interpretación de la CSJN que consideraba al delito de tenencia de arma de fuego como delito de **peligro abstracto** al exigir la verificación en el caso de un **peligro concreto** a efectos de constatar la lesividad del comportamiento prohibido y su consecuente relevancia típica, desnaturalizado la calidad del delito.
- c) que los integrantes del tribunal habían realizado una exégesis aislada del artículo 189 bis 2) C.P. sin haber indagado sobre el verdadero alcance mediante el análisis de los términos de la norma.
- d) que dicho análisis debía basarse en la racionalidad de la norma computando la totalidad de sus preceptos de manera coherente, por lo que lo resuelto entraba en pugna contra la voluntad del legislador nacional y la Constitución.
- e) que ello se había excedido en su jurisdicción y arrogado competencias constitucionales del legislador lo que importaba caso federal

Alude a la arbitrariedad del fallo señalando la incoherencia interna que releva el razonamiento lo que sitúa en a la decisión en arbitraria toda vez que la carencia de fundamentación impide considerarla como acto jurisdiccional válido –cita fallos 334:541-

<sup>10</sup> MIR PUIG, Santiago., *Derecho Penal Parte General*, editorial B de F, Julio Cesar Faira, 7ma Edición, 2004 p.22

Siendo ello así, los *enunciados legales* constituirán la sede lingüística principal de las normas jurídico-penales, porque por sí mismas poseen sentido normativo, sirviendo de base, a su vez, a más de una “norma jurídica”: una dirigida al juez, obligándolo a imponer una pena en caso de que se cometa el delito –**norma secundaria**-, y otra dirigida al ciudadano, prohibiéndole la comisión del delito –**norma primaria**-.

MIR PUIG señala que “la existencia de las ‘normas primarias’ como correlato de las ‘normas secundarias’ en Derecho Penal, constituye un presupuesto de toda la teoría del delito, tal como ha sido elaborada por la tradición de la Dogmática Jurídica, en tanto toda esta elaboración dogmática arranca de la consideración del delito como infracción de una norma”. De ahí la importancia de la consideración del concepto de tales normas, sin cuya definición difícilmente pudiera encontrarse la respuesta punitiva a un caso concreto.

De otra parte, respecto de la estructura de la norma jurídica, repárese en la distinción entre dos elementos: un **supuesto de hecho** y una **consecuencia jurídica** donde la conducta jurídica constituye el supuesto de hecho, y el deber de imponer la pena o medida de seguridad, su consecuencia jurídica, resultando menos evidente la norma primaria; que no suele formularse hipotéticamente sino en forma incondicionada: “no matarás”.

En la búsqueda de definiciones y conclusiones sobre el tema planteado puede decirse que nos encontramos frente a la aplicación por subsunción de un enunciado jurídico-penal a un evento analizado judicialmente; enunciado que se encuentra contenido en un artículo del decálogo represivo del Código Penal dentro de los Delitos contra la Seguridad Pública, que prescribe la conducta del que *portare armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal*.

Dicho enunciado comprende una **norma primaria** que prohíbe a los ciudadanos que, sin tener una autorización de la Autoridad de Aplicación que reglamenta la tenencia y portación de armas de fuego<sup>11</sup>, la llevara consigo<sup>12</sup>, resultando pues claro el mensaje prescripto: no puede llevarse consigo armas de fuego que la Autoridad de Aplicación haya catalogado como arma de uso civil, sin poseer una autorización expresa. Dicho enunciado jurídico-penal contiene una obligación –como **norma secundaria**- que inspira la conducta del magistrado que teniendo conocimiento de tal evento debe punirlo.

## II. b.- El problema de la indeterminación lingüística.

Como en toda comunicación<sup>13</sup> los problemas aparecen frente a la indeterminación de las palabras o la aparición de significados plurales, ambiguos, o vacíos. Si ello se lleva al ámbito del Derecho Penal los problemas se acrecientan cuanto menos por considerar el rol del sistema jurídico-penal en los devenires de la estabilidad social y la confianza en la seguridad jurídica en la realización de la justicia a la que los ciudadanos de un Estado de Derecho aspiran.

Así Mir Puig nos señalaba respecto de las proposiciones jurídico-penales incompletas y leyes penales en blanco, que los enunciados legales que prevén

<sup>11</sup> Pudiendo tratarse del RENAR o del REPAR por ejemplo.

<sup>12</sup> Según definición del término “portar” de la Real Academia Española recuperado 05 jul 2015 (s/d) [www.rae.es http://lema.rae.es/drae/?val=portar](http://lema.rae.es/drae/?val=portar).

<sup>13</sup> Tal la importancia de la misma conforme analizábamos en el apartado anterior.

los delitos no determinan por sí todos los elementos de las normas penales que sirven de base, sino que han de ponerse en relación con otros enunciados legales. Ello así, toda vez que ni los supuestos de hechos ni las consecuencias jurídicas se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del Código Penal, apareciendo como proposiciones incompletas.<sup>14 15</sup>

Tales nociones llevadas al ámbito del Derecho Penal nos revelan enigmas similares.

Para Sebastián Soler *“toda palabra importaría una referencia borrosa, imprecisa, indefinida, cuando no directamente engañosa: toda expresión abstracta sería vacía de contenido, y por tanto, su empleo vendría a ser el manejo de objetos ilusorios...”* al tiempo que indicaba que *la deficiencia del lenguaje a algunos realistas les servía de estímulo y de apoyo para reforzar su convicción de que **solamente había derecho judicial**, pues las posibilidades de creación judicial crecían en razón directa de las oscuridades de la ley*<sup>16</sup> describiendo con ello las presentes barreras que se marcaban en la interpretación judicial de aquella época de la jurisprudencia argentina y las soluciones que se estimulaban a partir dichos conflictos<sup>17</sup>.

## II.c.- Conclusiones parciales.

Se aprecian de esta forma pues, los conflictos que se derivan de la ambigüedad de los enunciados jurídico-penales y la importancia de su determinación ante la necesidad de un pronunciamiento en el caso concreto.

<sup>14</sup> Resalta también los supuestos de leyes penales en blanco que se tratan de supuestos donde la norma remite a otras normas reglamentarias o que las completan.

<sup>15</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, óp. citado, p. 5 donde se cita a Crátilo 435 y siguientes y la interesantemente posición de los clásicos: se dice que en *Crátilo* PLATON adjudica a SOCRATES la función de guardar el diálogo entre CRATILO Y HERMOGENES sobre el *alcance de los nombres y en particular los nombres propios* –esta idea puede extenderse a la significación del lenguaje en general-Para CRATILO enrolado en la llamada *teoría naturalista*, los nombres y por extensión las palabras son réplicas de las realidades como reflejos miméticos de ellas, por ello afirmaba *“es total y absolutamente mejor, Sócrates representar mediante semejanza y no al azar aquello que se representa”* y la función de los nombres sería enseñar y esto -dice- es muy simple: el que conoce los nombres conocerá también las cosas. HERMOGENES encuadrado en la que se denomina *tesis convencionalista* creía que la exactitud de un nombre no era *“otra cosa que pacto y consenso”* y que *no tenía cada uno su nombre por naturaleza alguna, sino por convención y hábito de quienes suelen poner nombres*. PLATON atribuye a SOCRATES haber sostenido que prefería que los nombres tuvieran la mayor semejanza posible con las cosas; temiendo que –citando a HERMOGENES- *resulte forzado arrastrar la semejanza y sea inevitable servirse de la convención por grosera que ésta sea para la exactitud de los nombres y que quizá se hablara lo más bellamente posible cuando se hablara con nombres semejantes en su totalidad o en su mayoría* –esto es con nombres apropiados- y *lo más feamente en caso contrario*. La posición de HERMOGENES parece pues encontrar entre los clásicos una respuesta frente a la indeterminación lingüística; pues en la visión socrática, *más allá de postularse la relativa impotencia de las palabras para describir las realidades, se muestra una decidida convicción acerca de tender a la mayor precisión en el lenguaje, a través de nominadores o legisladores lúcidos*, por lo que el legislador tiene por función *“construir el nombre bajo la dirección del dialéctico, si es que los nombres han de estar bien puestos.”* Estas disquisiciones de los antiguos pensadores, no han variado en nuestros días y los problemas derivados de la indeterminación lingüística siguen dando faena en el estudio del Derecho. La proliferación de normas, las prelación de las mismas y las fuentes diversas del Derecho nos llevan a una posición lejana a aquella aspiración socrática sobre el *legislador lúcido*, dejando a los operadores judiciales a la expectativa de respuestas adecuadas.

<sup>16</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, op. cit., p. 4, al aludir a aquellas referencias de SOLER en cuanto *no es que la ley no daba definir, sino que debe “hacerlo bien y con todo cuidado”*.

<sup>17</sup> No dista mucho el supuesto jurisprudencial en examen de estas nociones.

En este sentido, si bien ningún juez puede negarse a fallar so pretexto de oscuridad o ambigüedad de los términos que componen una norma jurídico-penal, por el otro lado pesará a su respecto –como norma primaria en este caso- la obligación de promover la persecución y la represión de los delitos llegados a su conocimiento. Recordemos, en tal sentido, que el artículo 15 del Código Civil prevé que *los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes* y, por lo tanto, tienen la obligación legal de juzgar por los asuntos de su competencia, pudiendo incurrir en caso contrario en el delito de prevaricato por denegación o retardo de justicia<sup>18</sup>, frente a las posibles lesiones que acarrearían las conductas omisivas de los funcionarios públicos obligados a la promoción de la persecución de los delitos.

Por otro lado, por imperio del **principio de legalidad**, el juez debe fallar conforme a derecho con la dificultad que se plantea en el caso, cuando ese derecho no es claro. Santo Tomás de Aquino<sup>19</sup> establecía ya la necesidad de *respetar la ley humana incluso por los jueces, por su mayor confianza en el sentido ordenador de la legislación*, en tanto no dudaba de la trascendente función del magistrado, aclarando con palabras de Aristóteles que *“mejor es ordenar todo según la ley que dejarlo al arbitrio del juez.”*

Repárese el aplomo de sus términos que no hacen más que reflejar un concepto estricto en la concepción sobre los límites de la discrecionalidad judicial a los casos concretos: *“Como la justicia de los jueces no es tan común y porque es tan flexible, es necesario que, en todo lo posible, las leyes determinaran lo que había de juzgarse y por lo mismo que se redujera al mínimo lo que podía dejarse al arbitrio de los hombres”*<sup>20</sup>

Reconocido el conflicto, ¿cuál será entonces la solución al tiempo de fallar frente a un caso donde su predicción normativa conlleva un problema de indeterminación lingüística?, ante la dificultad que se le presenta al juez, frente a una norma ambigua o poco clara<sup>21</sup> debe igual proceder.

### III.- LAS “LAGUNAS” EN EL DERECHO

#### III.a.- Las lagunas en el Derecho y la completitud del ordenamiento jurídico.

Según la Teoría General del Derecho, **“laguna”**<sup>22</sup> estaría definida como los *“sectores sin regulación jurídica dentro del ordenamiento jurídico estatal”*, siendo que *existe laguna cuando la ley no contiene regla alguna para un determinado supuesto, y cuando por tanto guarda silencio.*

<sup>18</sup> Si se quiere de los artículo 273 o del 274 del Código Penal

<sup>19</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, op. cit., p. 4

<sup>20</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la certeza de las palabras a la majestad de la ley*, op. cit., p. 4 al mencionar la cuestión 95 artículo 1 p.34 extraído de la cita indicada.

<sup>21</sup> ALTERINI, Jorge Horacio, *De la Certeza de las palabras a la majestad de la ley*, op. citado, p. 5 *“el Juez tiene siempre que juzgar porque ser Juez quiere decir administrar justicia, o sea, en última instancia, sentenciar... el Juez debe de juzgar siempre, no porque y cuando el Legislador quiera, sino porque es Juez, es decir porque esa es su ontología jurídica, y el concepto del Derecho es apriorístico para el propio legislador desde que este es a su vez, órgano del Derecho... un Juez que, en cuanto órgano del Derecho, se abstuviera de juzgar es algo tan impensable como un círculo cuadrado...”*

<sup>22</sup> SIOTA ALVAREZ, Mónica *“Analogía e Interpretación en el Derecho Tributario”*, editorial Marcial Pons 2010, monografía jurídica (s/d) recuperado el 05 jul 2015 <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/8497686535.pdf>, donde se cita a LARENZ en *“Metodología de las Ciencias Jurídicas”* (s/d)

Se menciona así que existe laguna ante la ausencia de una regulación completa y frente a silencios como fenómenos o modos de comportamiento interno o relaciones interhumanas no susceptibles de regulación jurídica. Así pues, tal como se explicó en apartados anteriores, por más meticulosa que sea una regulación no puede por sí sola preveer todos los supuestos. Más aún, en muchos casos, su interpretación literal, en atención al caso concreto, conspirará contra los propios fines que se tuvieron en miras al sancionarla<sup>23</sup>.

Kelsen<sup>24</sup> se opuso a la existencia de las lagunas jurídicas, en tanto “*si no es posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho.*”<sup>25</sup>

Así pues modernamente hay quienes han considerado que el Derecho en sí mismo, posee todas las respuestas y que sólo hace falta descubrirlas mediante procedimientos lógicos de formación de un razonamiento del que derive el “qué” de la norma.

Para Alchurron y Bulygin<sup>26</sup> las normas son concebidas como entidades ideales (sentidos o significados) y el tratamiento de las mismas en un nivel puramente sintáctico tiene considerables ventajas desde un punto de vista metodológico, lo que significa necesariamente un prejuizgamiento acerca de su estatus ontológico.

En la obra en la que abordan esta temática, los autores presentan un análisis de su tesis según la cual las **lagunas normativas** no existen, y por consiguiente, **todos los sistemas normativos son necesariamente completos** donde las nociones de **completitud, coherencia e independencia** tienen un papel muy importante<sup>27</sup>; ejemplificando con Carnelutti el alcance del entendimiento sobre la plenitud en tanto: “*por plenitud del ordenamiento jurídico*

<sup>23</sup> COSARI Leandro, *Lagunas legales y analogía* LL 8/9/12, C 1254, p.1

<sup>24</sup> COSARI Leandro, *Lagunas legales y analogía* op. cit., p. 1

<sup>25</sup> COSARI Leandro en *Lagunas legales y analogía* op cit. p.2 donde se cita a COSIO explicando que en su *Teoría Ecológica de la Ciencia Dogmática del Derecho* (s/d) la analogía en la aplicación de la ley no se basará en un criterio de justicia, sosteniendo que en la “*analogía jurídica el razonamiento analógico será precedido por un juicio de valor, del cual sólo el legislador puede ser el sujeto y que, por tanto, la validez de la analogía no se encuentra en su fuerza lógica sino simplemente en la voluntad del legislador, el cual ha considerado, aunque sea libre de hacerlo, que a casos similares debía atribuirse la misma disposición.*”

<sup>26</sup> El presente apartado se basa en las nociones contenidas en el libro de ALCHURRON Carlos E. y BULYGIN Eugenio, *Sistema Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* Editorial Astrea, 2da edición, 2012, p. 6 y sg.

<sup>27</sup> ALCHURRON - BULYGIN, *Sistema Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* op. cit., p. 11 y siguientes donde se desarrollan las nociones sobre la conformación de la explicación de concepto normativo, en tanto requiere el transito de dos etapas:

**a) la elucidación informal del *explicandum***, que se llega mediante la ejemplificación y la descripción de los usos de ese término en situaciones típicas.

**b) la Construcción del *explicatum***, para la formulación de un nuevo concepto más preciso que el anterior, en tanto el concepto que se quiere explicar se denomina *explicandum* y el nuevo concepto que lo ha de sustituir *explicatum* y en tanto el *explicatum* debe cumplir ciertos requisitos o reglas:

A) debe ser lo más exacto posible.

B) debe tener el máximo de fecundidad es decir ser útil para la formulación del mayor número posible de enunciados universales –leyes empíricas o teoremas lógicos-

C) debe ser similar al *explicandum*, debiendo por tanto el *explicatum* acercarse en lo posible lo más posible al *explicandum*

D) finalmente cuando la **exactitud**, la **fecundidad** y la **similitud con el explicandum** corren parejas, es preferible un concepto más simple a otro más complicado. La simplicidad no puede ser sacrificada en aras de una mayor exactitud o fecundidad

se entiende la exigencia de que en el ordenamiento exista un mandato idóneo para la composición o solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee en la sociedad jurídicamente ordenada”<sup>28</sup>

Siota Álvarez<sup>29</sup> repasa las distintas teorías que se han elaborado sobre la **plenitud del ordenamiento jurídico** recordando que con la codificación del siglo XVII y a principios del XIX se elevó de categoría el dogma de dos principios contradictorios: que *el juez no podía negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de normas aplicables al caso y que el juez representaba una boca muda que pronuncia la palabra de la ley, nunca un órgano creador de derecho.*

La autora cita a Radbruch: “la prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar sólo puede conciliarse entre sí, arrancando de un tercer supuesto: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara o por lo menos, partiendo de una ley llena de lagunas, cabe llegar a una decisión unívoca de cualquier problema jurídico por medios que la ley o el orden jurídico forman una unidad cerrada y completa”; concluyendo que el ordenamiento jurídico es incompleto no tanto porque se disponga un orden claro y vinculante de fuentes del Derecho sino que las lagunas a veces se producen no por defecto de las normas sino por exceso de ellas, presentándose la plenitud como una aspiración de la ciencia jurídica difícilmente alcanzable.

#### IV.- LA INTERPRETACION TELEOLOGICA

IV.a.- Sobre la *interpretación teleológica en el Derecho Penal* como superación de teorías.

Expuestos los insoslayables e insanables conflictos que se derivan de la indeterminación lingüística y, aceptada o no la *completitud del derecho* o considerada la existencia de *lagunas*, el camino hacia la aceptación de un “algo más” de la letra de la ley lleva a reconsiderar que el único techo posible está constituido por las normas constitucionales y que en ese devenir **debe** definirse cuál dentro de los métodos de interpretación se asemeja más al fin pretendido, definiendo en el otro vértice, el verdadero límite de la *discrecionalidad judicial*.

Un análisis ontológico de la interpretación para el Derecho Penal me lleva a acercar las enseñanzas del profesor Jesús María Silva Sánchez<sup>30</sup> y la noción de ***interpretación teleológica del derecho***. El distinguido profesor luego de recordar una sentencia del Tribunal Constitucional 185 del 10 de julio de 2000 que aludía a la categorización convencional del término ***interpretación*** como ***aquella operación, conjunto de operaciones, mediante las que se trata de asignar sentido a los enunciados jurídicos, determinando su significado***, enseña que las consideraciones puramente gramaticales que resultan de considerar el tenor literal de los enunciados, no reduce dicha acción, debiéndose atender en la actividad interpretativa a la

<sup>28</sup> ALCHURRON – BULYGIN *Sistemas Normativos. Introducción a la mitología de las ciencias jurídicas* op. cit., pp 107 y 116 en cita de CARNELUTTI, Teoría General del Derecho (s/d).

<sup>29</sup> SIOTA ALVAREZ, Mónica “*Analogía e Interpretación en el Derecho Tributario*”, editorial Marcial Pons 2010, monografía jurídica (s/d) recuperado el 05 jul. 2015 <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/8497686535.pdf>

<sup>30</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María., *Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal*, en DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel y GARCIA AMADO Antonio (eds) *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá 2006, p. 367.

**contextualización de los términos del enunciado jurídico-penal**, de la que depende la asignación del sentido de aquél; siendo que dicha operación no resulta de una mera “traducción” de los términos de la norma sino que posee *una importante dimensión de atribución de sentido a algo que aún no lo tenía definido*.

Enseña que, en materia de interpretación, no es ajena la idea de lo justo y lo injusto, lo correcto o lo incorrecto, en definitiva en términos de la doctrina alemana la “obtención del derecho”, siendo que en definitiva la **interpretación tiene algo que ver con la integración del enunciado legal** en un esquema racional ordenado a la realización de una idea (supralegal) de Derecho, en tanto la doctrina y jurisprudencia han venido asignando al **telos, ratio o fin de la norma o del enunciado, un papel fundamental**.

La interpretación teleológica que el enjundioso jurista formula, se basa en cuatro premisas:

- a) Que en relación a los enunciados jurídico-penales existe un **telos**, “*fin de regulación o idea fundamental*” que podría entenderse como la idea fundamental del fin que el legislador histórico pretendía obtener con la promulgación **-interpretación teleológica subjetiva-** que tiende a conocer lo que quiso resolver el legislador no incompatible con una interpretación sociológica-, o los conocimientos del legislador histórico – **interpretación teleológica objetiva de atribución de finalidad objetiva-**.
- b) Que ese **telos** no expresa (o no siempre lo hace) el propio enunciado jurídico-penal, en tanto en la interpretación teleológica objetiva pueden darse excesos y defectos, explicados como la incorrecta traducción de la razón justificante en la literalidad del enunciado y que ello ocurre cuando se constata una divergencia, más o menos amplia, entre la respuesta que surge de la razón justificante y la literalidad, y que ello da lugar a los conocidos problemas de **sobreinclusión** –cuando el sentido literal posible de los términos empleados en el enunciado jurídico va más allá de su fin regulatorio- y de **infrainclusión** –el sentido literal posible de los términos empleados no alcanza para abarcar todos el conjunto de hechos supuestos, pretendidamente comprendidos en su fin regulatorio, lo que se conoce como lagunas, y para el caso de tipos penales: *lagunas de punibilidad-*.

A los fines de emplear mecanismos correctores de la aparente inadecuación de la letra de los términos de los enunciados jurídicos a su razón justificante, se dice<sup>31</sup> que a la **sobreinclusión** se le hace frente con la **interpretación restrictiva o la reducción teleológica**; y a la **infrainclusión** se la combate mediante la interpretación extensiva y, especialmente, mediante la **extensión teleológica y la analogía** –cuando el campo del concepto de los términos de la norma en su comprensión más extensa según criterios lingüísticos, no alcanza para cubrir los requerimientos del fin regulatorio-.

Siendo ello así, señala que gran parte de la doctrina sentó el criterio de que el “sentido literal posible” –la asignación de sentido resultante de la aplicación de criterios lingüísticos fácticos y normativos-, constituye el límite de la referida reconstrucción teleológica, al menos *in malam* parte, mas en la práctica dicha reconstrucción no tiene acogida real.

<sup>31</sup> Volveremos sobre estas nociones más adelante.

c) Asimismo explica que dicho **telos** es susceptible de ser descubierto, y que a efectos de poder descubrir el **fin regulativo**, a partir del cual debe reconstruirse el sentido de los enunciados jurídico-penales, se logra tal objetivo teniendo en cuenta que el enunciado se integra de un subsistema y éste de sistemas más amplios.

Según el autor comentado, entonces, existe una errónea identificación del fin regulativo con la noción de bien jurídico, identificación relativamente común que **determina que muchos asocien la interpretación teleológico-objetiva en derecho penal con la interpretación orientada al bien jurídico protegido en cada caso.**<sup>32</sup>

d) A partir del fin regulatorio es posible **asignar al enunciado jurídico de que se trate un sentido adecuado a la obtención del fin**, en tanto una vez descubierto cabe construir un enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir como medio para el cumplimiento del fin. Se advierte que **éste es el momento central de la interpretación teleológica** pues en él se trata de determinar precisamente cuál es el sentido que debe asignarse al enunciado jurídico-penal.

Silva Sánchez define así la **interpretación teleológica** como una noción que parte del abandono del concepto jurídico en el derecho privado de los intereses y su transposición al Derecho Penal con el consiguiente abandono del positivismo legalista y la revaloración constructiva o política del papel del juez, tratando de realizar aproximaciones realistas a la actividad interpretativa de jueces y juristas teóricos con el fin de establecer las condiciones de su legitimidad. Concluyendo que la **interpretación teleológica constituye una reconstrucción racional de los enunciados jurídico-penales legales, cuya legitimación es fundamentalmente sistemática.**

IV.b.- Sobre la finalidad de la norma penal y de sus enunciados.

Ahora bien, sentada la necesidad de determinar la *ratio legis* de un enunciado jurídico-penal, a los fines de su interpretación, se presenta como fundamental establecer en el ámbito del Derecho Penal cuál es la *finalidad de la norma penal* de manera tal de poder discernir el *quid* de su existencia y por lo tanto el punto de partida para su análisis teleológico.

Rafael Alcancer Guirao<sup>33</sup> plantea que si bien la noción de delito puede ser alcanzada desde muy diversas perspectivas –como vulneración de una norma desde el **punto de vista normológico** y como una acción típica antijurídica y culpable desde el punto de vista de la **dogmática penal** o como una desviación de las normas sociales desde un punto de vista **sociológico**-, el foco de su atención es el llamado **“concepto material del delito”** –manejada por Roxin-, que abarcaría el alcance lesivo de la acción –tomando en consideración las diferencias entre antijuridicidad material y formal, esta última como simple contradicción entre la conducta y la norma-. Señala que, con la sola consideración a la norma, no se accede a las razones por las que una conducta es contraria a derecho y merecedora de sanción, llegándose a dicha conclusión desde el concepto de antijuridicidad material que trae de Mir Puig **“no se trata de limitarse a constatar que son penalmente antijurídicos los hechos que el derecho penal define como tales –los comportamientos humanos**

<sup>32</sup> El resaltado es propio.

<sup>33</sup> ALCÁCER GUIRAO, “Sobre el concepto de Delito ¿Lesión del Bien Jurídico o lesión de Deber?” editorial Ad Hoc, Primera Edición jun 2013, p16.

típicamente antijurídicos- sino de analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el derecho penal haya decidido desvalorarlos”.

El componente central de esta noción viene dado por la **lesividad de la conducta** que aspira a ser el “núcleo material de injusto común a todo comportamiento antijurídico” lo que se vincula directamente con el cometido del *ius puniendi*.

Así Alcancer Guirao analiza el concepto material de delito vinculado por los fines del derecho penal que se postulan, solución a la que adhiero por su coherencia con la estructura del Derecho Penal como *ultima ratio*, donde la acción antijurídica es aquella que pone en peligro o lesiona un bien jurídico, desde que lo relevante para el delito no habrá de ser en sí misma la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino las **repercusiones negativas de la conducta para la vigencia de la norma**.

## V.- LA ANALOGÍA

V.a.- Una propuesta de solución: la Analogía. ¿Es la analogía posible en el Derecho Penal?

Reconocida la imposibilidad de una completitud absoluta del sistema jurídico, y la existencia de lagunas e indeterminaciones debe pues darse rienda a las posibles soluciones que respetando el principio de legalidad, se presentan como herramientas de resolución.

Repasando su concepto de **analogía** Manuel Atienza<sup>34</sup> explica que *no existe un único concepto de analogía sino varios*, los que tienen en común la idea de semejanza o similitud y que refieren a: **1)** que la analogía es una proporción, como semejanza entre relaciones, y **2)** la analogía es un argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante, y **3)** que la analogía se entiende como atributo que se predica de ciertos conceptos que no son unívocos ni equívocos (la analogía de atribución de los escolásticos) **como relación de semejanza que se da en caso de “conceptos imprecisos”, “conceptos borrosos”, o “conceptos vagos”**.

Así entiende que, cuando se habla de analogía en relación con el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, se refiere a la segunda de esas nociones, aunque el razonamiento por analogía presupone, también, la existencia de una analogía en alguno de los otros sentidos. Para indicar el argumento por analogía, los juristas han utilizado en el pasado otras expresiones como *argumentum a simili* o *a parima* permitiéndose resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema en un caso concreto conservando su estructura al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación; en tanto la relación de semejanza que es

<sup>34</sup> ATIENZA, Manuel, “*Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*” Publicación: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001 *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 2, pp.223-229 Algunas Notas de reproducción original: Edición digital a partir de *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 2 (1985), Portales: Doxa - Filosofía del Derecho | BIBLIOTECA UNIVERSITARIA. Servicio de Información Bibliográfica y Documental de la Universidad de Alicante. SIBID CDU:340.12 Documento fuente: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 2, 1985 URI: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcn3065>, pp.223-229

el nervio del razonamiento jurídico por analogía es flexible y simétrico pero no necesariamente transitivo, por lo que no es una relación de equivalencia.

Así se suelen distinguir distintos **tipos de lagunas**<sup>35</sup> en tanto las **carencias** en las normas se originen por contraste en la **dimensión sociológica** como problemas de **carencia histórica**, o aparezcan en la **dimensión dikelógica** como problemas de **carencia axiológica o dikelógica**;- conceptualizándose a la **analogía** con la *transportación de la regla dada en la ley para un supuesto de hecho A, o para varios supuestos similares entre sí, al supuesto de hecho B no regulado por la ley, sino formado por el enjuiciador* – generalmente en atención a un caso concreto que hay que decidir-.

En lo que aquí interesa las **lagunas dikelógicas** también llamadas “lagunas ocultas” o **por “inadecuación” de la ley al hecho**, aparecen cuando al ser subsumido el hecho en dicha norma, ésta se observa como *injusta o inconveniente*, debiendo pensarse en el espíritu de la ley, su fin perseguido, “*en los valores que intencionalmente protege, en los cuales debe ceñirse la interpretación cuando la letra de la ley va mas allá de estos*”

Obsérvese al respecto la posición de Bobbio<sup>36</sup> quien en su “Analogía” entendía que *Analogía nella logica del diritto* se refería a la **práctica de colmar las lagunas del derecho con normas pertinentes para casos similares**, refiriéndose a la “*teoría de la analogía jurídica*” y a “*los llamados límites de la analogía*” donde trataba de distinguir entre dos actividades fundamentales del jurista: una referida a la “teoría jurídica” y la otra a la “técnica jurídica”, en tanto la expresión más gráfica de la complejidad de la actividad interpretativa utilizando la *analogía* era la del jurista.

Así pues sentada la existencia de lagunas en el Derecho y la aparición de la analogía como un resorte de interpretación se verá en los apartados que siguen, como conjugar estas nociones para el caso del Derecho Penal donde impera el **principio de prohibición de analogía derivado del mandato de determinación y de previsión constitucional**.

En principio resulta evidente que no todos los sistemas normativos impiden *ipso facto* el razonamiento analógico para su aplicación en el derecho penal. Manuel Atienza considera que el “recurso de analogía” no se utiliza solamente en caso de lagunas en el derecho sino que es común su utilización en el sistema del *common law* cuando se extiende los resultados de una circunstancia fáctica a otra<sup>37</sup> comprendiendo que el **uso de la analogía importa necesariamente creación o innovación del Derecho**.

Sin embargo, no puede dejar de observarse en nuestro derecho que la dificultad de aceptar la interpretación por analogía se presenta ante el alcance que se otorga al **principio de legalidad**. Así, en apariencia, la asimilación del concepto de analogía en el Derecho Penal como creación o innovación del

<sup>35</sup> COSSARI, Leandro Lagunas Legales y Analogía 8/6/2012 LA LEY 2012, c 1254 recuperado 5 jul 2015 [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

<sup>36</sup> FILIPPI, Alberto. *Bobbio y Cossio: la filosofía jurídica de la interpretación analógica* publicado en LL 2004 (s/d) recuperado 05 jul 2015 [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

<sup>37</sup> ATIENZA, Manuel, *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho* op. cit., pp.223-229 señalándose que lo que los juristas del derecho continental suelen entender como analogía viene a ser para el *common law* la interpretación de los *statutes* (de las normas legisladas) diferente al uso de la analogía para el caso y que, entre el argumento analógico y el precedente, la relación es de carácter argumentativo: en el primero, el nuevo caso tiende a configurarse como una ilustración de una norma ya existente, y en el segundo, el nuevo caso aparece como un ejemplo que contribuye a configurar la norma es decir a reformular el precedente con lo que resulta patente la función innovadora del juez.

mismo que nos plantea Atienza, parecería *a priori* repugnante ante cualquier concepción puramente dogmática donde no se reviera el alcance de dicho principio adecuadamente. Como intento de solución, el citado autor llega a la conclusión de que **la analogía** viene dada a partir del **principio de igualdad**, que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes, como un instrumento de la justicia formal, lo que sería claramente aplicable en el comentado sistema del *common law* donde la aplicación de la analogía no ofrecería ningún reparo, resultando por aquello del *derecho a la igualdad* de obligatoria respuesta frente a la aplicación de ese procedimiento en el caso concreto, aún en casos criminales.

Distinta resulta pues la solución inmediata ante nuestro sistema jurídico, en el que se ha acuñado como derivación de la codificación, la tradición del *estricto apego a la ley*<sup>38</sup> la *regla de clausura*, el *principio de legalidad* y la *prohibición de la analogía* todo ello bajo el resabio de la filosofía positivista y neokantiana.

Alchurrón y Bugylin que, tal como fuere explicado *supra* tomaban como partida la plenitud del ordenamiento jurídico, solucionan el problema de dicha prohibición en el Derecho Penal, reposando sobre el **Principio de Prohibición** analizando la versión de Kelsen sobre dicho principio, por el cual “*todo lo que no esta prohibido está jurídicamente permitido*”, y negativamente que “*nadie puede estar obligado a observar una conducta no prescripta legalmente*”<sup>39</sup>, diciéndose entonces que el permitido es contingente, evolucionando en una segunda acepción al decir “*la conducta de un individuo jurídicamente no prohibida, y en este sentido, permitida, solo puede estar garantizada por el orden jurídico si los demás individuos están obligados a respetar esa conducta, es decir a no impedirla y no interferir de cualquier otro modo con ella.*” Que el “*nullum crime sine lege*” es el ejemplo más conocido de la **Regla de Clausura**<sup>40</sup> cuyas características y funciones serían las siguientes:

- a) Como **directiva dada al legislador** en el sentido de que *no debe crear delitos ex post facto* –ley previa dirigida al legislador-;
- b) Como **directiva a los jueces** –propio del derecho procesal- en el sentido de que no deben decretar sanciones penales si no existe norma previa de donde deriva la prohibición de la interpretación analógica de la ley penal porque se complementa con la *presunción de inocencia* y el *principio in dubio pro reo*.

Ahora bien, el profesor Eduardo Riggi, para el entendimiento de tales nociones en nuestro derecho occidental, resalta que la importancia de definir estas cuestiones radica en que “*el legislador se encuentra obligado a confeccionar las leyes penales respetando el mandato de determinación es decir, a fijar de manera precisa el supuesto de hecho que constituye un delito y describir del mismo modo las consecuencias jurídicas que a este se le asocian*”<sup>41</sup>; y que “*tienen prohibido castigar de modo retroactivo a los autores por nuevos delitos y agravar retroactivamente las penas, como los jueces no*

<sup>38</sup> Concepto al que volveré más adelante.

<sup>39</sup> ALCHURRÓN y BULYGIN, *Sistema Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* op. cit. p. 224 citando a KELSEN, Hans., *Teoría Pura del Derecho* tr. M Nilve, Bs. As. Eudeba, 1960 p. 175.

<sup>40</sup> Que debe entenderse junto a otras reglas como la prohibición de la interpretación analógica, la exigencia de una definición rigurosa de los delitos.

<sup>41</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley* op cit, p. 398 y sig.

*pueden imponer penas no contempladas explícitamente o imponer una especie de pena que no estuviere prevista para él.”*

Siendo ello así, en función del **principio de legalidad** podrían expresarse cuatro reglas de determinación que constituyen el aspecto material de dicho principio:

- 1) el mandato de determinación en el aspecto material del principio de legalidad –***nullum crimen sine lege certa-***,
- 2) la prohibición de analogía –***nullum crimen sine lege stricta-***,
- 3) la prohibición de retroactividad –***nullum crimen sine lege praevia-***
- 4) la prohibición de la aplicación del Derecho consuetudinario –***nullum crimen sine lege scripta-***, por lo que nos resulta hasta el momento difícil llegar a discernir el corazón del asunto, encontrándose el foco del autor y de este trabajo en la segunda cuestión plantada a partir del **mandato de determinación**.

El mismo magistrado quien elaboró la tesis ya comentada en este trabajo, ha entendido para responder a estas limitaciones que **la prohibición de analogía** tiene en realidad una directa repercusión en los **presupuestos que deben concurrir para que exista delito, como para la clase, ámbito y monto de la pena, en tanto no se puede castigar una conducta no prevista en la ley con el argumento de que la ley castiga un comportamiento similar a aquella**.

Repárese en que, para el profesor Silva Sánchez, la **prohibición de la analogía** lleva a no admitir por parte de la doctrina en los procesos de interpretación, resultados distintos al tenor literal de los términos –entendidos como sentido social usual- señalándose la postura de Roxin, Muñoz Conde Y Luzón Peña citando el famoso ejemplo de finales del siglo XIX sobre la imposibilidad de insertar los casos de utilización ilícita de energía eléctrica en el campo semántico del enunciado que preveía el tipo penal de hurto de las cosas<sup>42</sup>, aceptando que la clave podría encontrarse en la *finalidad de la norma*, en tanto afirma que la misma no es un método para interpretar un enunciado, sino sólo, precisamente **el resultado de aquella interpretación... Siendo ello así, el límite de la prohibición de analogía no resulta del “tipo literal” sino del “tipo de la interpretación” que puede ser más estrecho o más amplio que el literal**.

Así, lejos de comprender que la prohibición de la analogía implica *ipso facto* su erradicación del proceso de interpretación, Riggi considera que la analogía legitima materialmente el acto creador del juez, que concreta por delegación funcional necesaria del legislador el texto legal para su aplicación, para lo cual partirá del caso paradigmático –ejemplar- que pondrá al caso fácil en relación con el caso difícil orientándolo a la finalidad de la ley y a la valoración político-jurídica del legislador<sup>43</sup>. Explica que el juez se encuentra constitucionalmente sometido al imperio de la ley, pero de la ley en su plenitud, lo que significa que no sólo debe atender a su letra sino a su espíritu, donde la **analogía** se convertirá así, gracias al mandato constitucional del principio de

<sup>42</sup> En nuestro medio también se analizó jurisprudencialmente ese asunto encontrándose actualmente contemplado dentro del tipo.

<sup>43</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit., p. 415

legalidad y del deber jurídico constitucional de juez, en el **mecanismo de determinación de la semántica paradigmática del texto legal**.<sup>44</sup>

V.b.- El concepto de “analogía” en el Derecho Penal y su “procedimiento”.

Definida así la posibilidad de aplicación de la analogía en el proceso de interpretación de las normas, quedará por definir la particular esencia de la interpretación por analogía dentro del proceso de interpretación, de manera tal de poder establecer sus límites y consecuentemente su análisis a la luz del principio de legalidad y prohibición de la analogía en el Derecho.

Mónica Siota Álvarez<sup>45</sup> explica que la aplicación de las normas en general exige el desarrollo de dos actividades jurídicas de capital importancia: la **interpretación** que está destinada a descubrir el sentido de la norma a cuyo servicio están los criterios hermenéuticos comunes y la **integración** que se presenta como una técnica jurídica que permite determinar la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto concreto<sup>46</sup>; por su parte, Riggi señala una clara distinción entre la **interpretación extensiva de los términos legales o interpretación teleológica**<sup>47</sup>, a lo que verdaderamente constituye la **analogía**; en tanto Manuel Atienza consideraba que la distinción entre **analogía** e **interpretación extensiva** cumplía la función de limitar, de alguna forma, la capacidad del intérprete y aplicador del Derecho, para innovar en el ordenamiento jurídico y preservar la seguridad jurídica, donde por prolongación, el techo sería la *creación arbitraria del derecho* y el piso la *interpretación denominada declarativa*

Riggi demuestra que el límite posible a toda interpretación analógica vale decir el “**ámbito de aplicación de la analogía**”<sup>48</sup> está conformado por los límites constitucionales<sup>49</sup>, por lo que la necesidad de otorgar un **sentido restrictivo** a la solución frente a los problemas de determinación a la **interpretación analógica**, aparece como presupuesto necesario **en los casos difíciles**, que se basa en que no todo caso necesita interpretación previa.

A partir de estas construcciones, se explicará una forma posible de procedimiento para la interpretación analógica en el Derecho Penal.

Siguiendo a Riggi se observará que, partiendo de la premisa de que todos somos capaces de seguir reglas sin que ello se encuentre mediado por interpretación alguna, debe considerarse que el caso fácil se encuentra incluido “de manera racional en el texto legal”<sup>50</sup> lo que no importa interpretación alguna,

<sup>44</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit., pp 434-442.

<sup>45</sup> SIOTA ÁLVAREZ Mónica., en *Analogía e Interpretación en el Derecho Tributario* con prólogo de Ana M. Pita Grandal Marcial Pons, 2010, monografía jurídica (s/d) recuperado el 05 de julio de 2015 <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/8497686535.pdf>

<sup>46</sup> Si bien su trabajo se centra en la analogía en el derecho tributario sus reflexiones ilustran de manera particular el tema tratado. Señala que la doctrina ha interpretado de forma muy diversa la naturaleza de la **analogía atribuyéndole en general el carácter integrador** aunque algunos autores le han atribuido **naturaleza interpretativa**.

<sup>47</sup> Que a esta altura del análisis constituye la única forma de interpretación que logre resultados más cercanos a la justicia o a la obtención de un pronunciamiento razonable y justo.

<sup>48</sup> SIOTA ALVAREZ, Mónica *Analogía e Interpretación en el Derecho Tributario*, editorial Marcial Pons 2010, monografía jurídica (s/d) recuperado el 05 de julio de 2015 <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/8497686535.pdf>

<sup>49</sup> Volveremos más adelante sobre este concepto.

<sup>50</sup> Dando paso al “argumento intencional” RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit., p. 383

sino la comprensión del significado valorativo que trasporta el tenor literal de ley que permite su reconocimiento. Por otro lado, en los *casos de penumbra* el fracaso de la subsunción significa sin embargo que la aplicación de una norma no se pueda justificar racionalmente, siendo ahí donde la interpretación encuentra su lugar propio<sup>51</sup> y cuando debe indagarse si el hecho está o no abarcado por la norma, siendo entonces el recurso necesario la analogía<sup>52</sup>.

A partir del caso fácil y la finalidad objetiva de la norma<sup>53</sup>, el recurso de la analogía permitirá la aplicación de la norma al caso difícil siempre y cuando exista entre ambos una similitud valorativa que justifique ese tratamiento. He aquí el meollo de la tesis del autor<sup>54</sup>: **la analogía no nacerá donde termine la interpretación sino que comenzará justamente con ésta**. Explicando el procedimiento de la siguiente forma: el caso fácil –no interpretable–, nos permitirá despejar en cuanto paradigma, la duda sobre la inclusión o no del caso difícil, en el campo conceptual del primero, en atención a consideraciones axiológico-teleológicas. Para ello, **el razonamiento analógico será necesario, a fin de analizar si entre ambos casos existen similitudes relevantes que exijan el otorgamiento del mismo tratamiento legal**.

En definitiva, este procedimiento es el que materialmente legitimará la tarea creadora del juez, porque el caso claro transporta la valoración del legislador, permitiendo que esta concretización creadora, al ser impuesta al juez en el caso difícil, sea atribuida al primero<sup>55</sup>; pudiendo ser aplicado tanto a los **problemas de reconocimiento**<sup>56</sup> como a los **problemas de lagunas axiológicas en el nivel de las reglas**<sup>57</sup> donde se sitúan los verdaderos casos de **fraude de ley**, habida cuenta la identidad estructural que estas poseen con aquellos.

Así explica que, frente a la ausencia de una clara voluntad subjetiva de la norma, ésta se puede reconstruir racionalmente a partir del texto legal que aporta el genuino caso paradigmático, a partir de lo cual quedará incólume el **significado del texto de la norma reconocible por sus destinatarios y el que racionalmente pueda extraerse de la voluntad objetiva del legislador racional gracias al caso paradigmático que de ella se deriva**.

Tal ha sido el procedimiento seguido por el Fiscal General en el ya aludido dictamen del caso Carbajal Zapata.

V.c.- Problemas constitucionales de la aplicación de la analogía en el Derecho Penal.

Planteado lo expuesto, se intentará demostrar cómo la aplicación de la analogía dentro del límite constitucional no conlleva conculcación alguna al

<sup>51</sup> RIGGI opus citado pag. 393. RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit, p. 71.

<sup>52</sup> Todos los resaltados siguen siendo propios.

<sup>53</sup> Emparentamos esta noción con el alcance de la “interpretación teleológica” que ya explicamos.

<sup>54</sup> Luego llevada al dictamen comentado.

<sup>55</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley* op. cit., p. 394 en alusión a SILVA SANCHEZ.

<sup>56</sup> En lo que Hart llama *problemas de penumbra*, que citando a ALCHURRON y BULYGIN ALCHURRON - BULYGIN, *Sistema Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* op. cit. p. 225 tiene lugar cuando “los casos individuales en los cuales por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión.”

<sup>57</sup> Los llamados problemas de supra o infrainclusión.

*principio de legalidad*, siendo que la importancia de su análisis radica en que la “*ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad, por lo que sin una ley previa, que haya declarado previamente punible un hecho no puede merecer una pena del derecho penal, siendo indiscutida la jerarquía constitucional de este derecho*”<sup>58</sup>, por lo que no rige solo para las sanciones penales sino para todo tipo de ellas.

Ahora bien, nuestra tradición jurisprudencial ha acuñado la noción de que el principio de legalidad implica **la rigurosa aplicación de la ley** sin explicarse profundamente los alcances de establecer el rol del juez frente al caso concreto al tiempo de ser riguroso en dicha interpretación<sup>59</sup>.

V.d.- La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el *principio de legalidad y la prohibición de analogía* en el Derecho Penal.

En la evolución de nuestra tradición jurisprudencial pueden encontrarse supuestos en los que la CSJN se ha expedido sobre principio de legalidad y la prohibición de analogía. Uno de los principales precedentes está constituido por el **fallo SAGUIR Y DIB de 1980**<sup>60</sup> en tanto consideró que “*no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado de jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo*”. Considerando, asimismo, que una interpretación exclusivamente literal debía ser rechazada cuando su apego “*arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas*”, pues “*de lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho.*”

Sobre el *concepto de interpretación* en el derecho penal y la *prohibición de la analogía* en el caso “**Leiva, Amelia Sesto de c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca**”<sup>61</sup> ya el Dr. Augusto Belluscio en disidencia decía “*el*

<sup>58</sup> BACIGALUPO, Enrique., *Derecho Penal Parte General*, editorial Hammurabi, 3ra. reimpression 2012, p.103 y ss.

<sup>59</sup> Para entender el alcance del principio de legalidad en el Derecho Penal se ha establecido:

- a) que el principio de legalidad derivaba del principio de culpabilidad, en tanto si el justiciable requería conocer la norma vulnerada, ello solo era posible si el hecho estaba contenido en una ley
- b) que el principio de legalidad es derivado del principio democrático de la ley previa como consecuencia de la intervención en derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de los funcionarios que carecen de una legitimidad democrática directa –como la Administración y la Justicia-
- c) aquellas nociones que vinculan al principio de legalidad con otros aspectos del Estado de Derecho definidos en la sentencia del Tribunal Constitucional Español ST133/87 que ha entendido que “el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho..” en tanto “se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/82) así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio ante los tribunales, que garantizan los artículos 24.2 y 11.1 de la Constitución Española. Especialmente cuando éste declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la ley”.

<sup>60</sup> CSJN, Fallo, 302:1284. En el caso se pedía la autorización judicial para que la menor Claudia Saguir y Dib donara uno de sus riñones a su hermano Juan, quien padecía de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, en tanto el artículo 13 de la ley 21.541 establecía que “toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo par ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo..” En el caso la CSJN concedió la autorización pese a la minoridad de la donante

<sup>61</sup> CSJN, Fallos, 312:1686

denominado principio de legalidad, integrado en forma indivisible con el razonabilidad o justicia, resulta esencial y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico, entendido éste como una realidad dinámica”. En igual sentido luego en **“Benitez Eduardo Alcides c/ Municipalidad de Concepción del Uruguay”**<sup>62</sup> la disidencia de los Dres. Guillermo Lopez y Adolfo Vazquez tomando en cuenta parecidas premisas consideraron que *“el denominado principio de legalidad resulta esencial al estado de derecho, y postula el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica, sino a todo el ordenamiento jurídico, entendido como una realidad dinámica”*, dando paso a la consideración de la interpretación hermenéutica en el Derecho Penal, en abandono del principio de legalidad como sinónimo de interpretación literal de los términos empleados en el enunciado aisladamente considerado como tal<sup>63</sup>.

Posteriormente su composición mayoritaria en **caso “Godoy Roberto Carlos s/ infracción ley 11.683”**<sup>64</sup> entendió la Corte que *“las prohibiciones de analogía en el ámbito penal se sustentaban en la debida correlación entre la sanción y el bien jurídico”*, lo que nos brinda la pauta de que la Corte, avanzando en los alcances de la interpretación judicial, se estaba refiriendo a la necesidad de llevar a cabo dicha tarea teniendo como límite la consideración al adagio *nulla poene sine lege preaevia, stricta, certa y scripta*, y donde el límite de dicha actividad estaría dado por la finalidad de la misma que no es más la **ratio** del enunciado, su finalidad, aquí entendido como bien jurídico.

Asimismo en el caso **ESTERLINA SA CASA DE CAMBIO y TURISMO; Bunge, Francisco Ricardo s/ infr. Ley 19.359**<sup>65</sup> dictado el 23/02/1995, nuestro Máximo Tribunal volvió a expresarse sobre estas nociones entendiendo que *“La correlación entre sanción y bien jurídico es la que, con fundamento en la proscripción de la analogía, permite fundar la prohibición de que, so pretexto de interpretación, se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos de los que el legislador ha querido proteger.”* –del voto mayoritario de los doctores Nazareno, Molino O'Connor, Belluscio, Petracchi y Bossert; lo que llevaría a admitir –con los alcances ya explicados- que la interpretación teleológica no solamente está permitida en el derecho penal sino que es requerida en el caso de que fuera necesaria su aplicación; donde la prohibición de analogía está fundada en la imposibilidad de castigar o reprimir otras conductas no queridas por la voluntad objetiva del legislador del enunciado jurídico-penal.<sup>66</sup>

En similar sentido, se expidió la Corte con remisión al dictamen del Procurador en el caso **CENCOSUD SA C/ Secretaría de Industria Comercio y Minería fallo 327:2258**, en tanto manifestó que *“el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) nace de la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar.”*

<sup>62</sup> CSJN, Fallos, 319:2005

<sup>63</sup> Resabio del positivismo extremo.

<sup>64</sup> CSJN, Fallos 316:1223

<sup>65</sup> CSJN, Fallos, 318:207

<sup>66</sup> Todos los resaltados son propios.

Siendo ello así en cuanto a los fundamentos de la interpretación y los límites posibles a la discrecionalidad judicial obsérvese el contenido del voto del Dr. Enrique PETRACCHI de la mayoría del caso **NAVARRO Rolando Luis y otros s/ homicidio culposo** CSJN 09/08/01, en tanto nos explica que “*en materia penal se debe ser más exigente y fijar criterios más rígidos, por imperio de plausibles reglas propias de ese derecho (e.g. mandato de determinación, prohibición de analogía in malam partem, mandato de certeza, etc) que se traducen en el requerimiento de que sean expresados en la decisión los fundamentos del procedimiento de subsunción, método tradicionalmente considerado como reaseguro del principio de legalidad*”, a partir de cuyas exigencias se observaría claramente cumplimentado el principio de legalidad en la materia en cualquier pronunciamiento jurisdiccional.

Así pues, así admitida la posibilidad de interpretación en el Derecho Penal y su extensión legal<sup>67</sup>, más reconociendo el necesario control de razonabilidad y logicidad de las sentencias judiciales<sup>68</sup> en el caso **ACOSTA Fallos: 325:3229** la C.S.J.N. se pronunció con elocuencia sobre el asunto, recapitulando sobre muchas de las nociones que ya habían sentado precedentemente. En tal precedente consideró que “*para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exegesis de la ley es su letra (fallos 304:1820; 314:1849) a la que no se debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (fallos 313:1149, 327:769) Este propósito puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (fallos 306:940, 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (fallos 310:937, 312:1484)... que la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (artículo 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (considerando 6to.)<sup>69</sup>.*

Así pues, la Corte refleja en su avance jurisprudencial la posibilidad superadora de aplicar el derecho más allá de la literalidad de los enunciados, pero siempre mediante un procedimiento que tenga como límite una “interpretación”<sup>70</sup> que más derechos otorgue al beneficiario de la norma, lo que nos habilita a considerar que dichos límites, para poder ser abordados desde una perspectiva que respete el principio de igualdad y seguridad jurídica, no puede ser otro que el límite constitucional en el proceso de asignación de sentido al enunciado.

Por ende, considerar que un supuesto dudoso –*hard case*– en concreto que analizado a la luz de una norma penal pudiera concluir en una solución que conlleve a la absolución del imputado, por la sola razón de su beneficio al hacer aplicación extensiva de los enunciados jurídico-penales, no aparece como la

<sup>67</sup> Vale decir la esencia del proceso de interpretación que hace de forma inmanente el juez al sentenciar.

<sup>68</sup> Donde radicaría a nuestro juicio el salvaguarda de la seguridad jurídica.

<sup>69</sup> Resaltado propio.

<sup>70</sup> Aquí definida por su propio término.

solución predecible de la enseñanza de la Corte, atendiendo a la inestabilidad e incertidumbre que podría acarreararse a partir de su sola consideración *ipso facto*, y a los incontables casos de **fraude de ley** que podrían presentarse ante aplicación apresurada. Entiendo así que lo que la Corte nos inspira es a reflexionar sobre la necesidad de interpretar la ley dentro de límites precisos que permitan el apego a su finalidad, valorando como primera y última *ratio* los derechos del hombre *-pro homine-*, lo que se lograría única y perfectamente – desde el ideal de la interpretación- a partir del tamiz de la Constitución.<sup>71</sup>

Contrariamente a vulnerar el **principio de legalidad** la interpretación de los enunciados que componen los tipos penales mediante la utilización de la analogía y la interpretación extensiva, no queda viciada de contenido si es **respetada la finalidad de la norma**, en la medida que su *ratio* no sea excedida de forma exorbitada fuera de los límites constitucionales. Ésta es la base de la teoría que parte de la noción de que **gracias a la interpretación analógica con el caso paradigmático<sup>72</sup> se llegará como camino de la interpretación, a la resolución de los casos difíciles -por analogía con el caso fácil-**. De esta forma, la jurisprudencia de la Corte nos muestra un camino alentador para lograr el éxito en lo que podemos llamar un método puro de interpretación de la ley penal.

Recordando la cita de Riggi a Silva Sánchez, al mencionar la ya comentada *“Interpretación teleológica en derecho penal”*, puede decirse que no puede prescindirse de una legitimación democrática mediante las resoluciones

<sup>71</sup> Otros ejemplos donde la Corte se expidió sobre el principio de legalidad y la interpretación judicial viene dado en el caso *“ARPEMAR SAPC e.l. y otros s/ infracción a la ley 19.359”* fallos 315:908 donde la mayoría de la C.S. al tratar un caso de norma penal en blanco, consideró que quedaba integrado en el delito del artículo 1 de la ley aludida el incumplimiento del imputado de los términos de un decreto del Poder Ejecutivo -donde se establecían las pautas de cumplimiento del control de cambios-, la disidencia también en este caso del Dr. BELLUSCIO y de Enrique PETRACCHI expresaba *“el principio de legalidad pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación del núcleo esencial de la materia prohibida; la norma integradora sólo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios pero nunca la de entrar a definir lo prohibido mismo”*. Asimismo en el caso *AMARILLA, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos “GORVEIN, Diego Rodolfo s/ querrela p/ calumnias e injurias c/ Amarilla Juan”* fallos 321: 2558, la Corte en su mayoría entendió que *no resultaba procedente recurrir al estándar de responsabilidad que surgía de la doctrina de la “real malicia” si la tipificación legal de los delitos contra el honor en el Código Penal Argentino ofrecía suficientes garantías a los imputados de los mencionados delitos y una condena basada en la acreditación de la responsabilidad a título de laguna de las formas de la culpa, implicaría la aplicación extensiva de la ley penal con la consecuente violación del principio de legalidad, lo que a contrario sensu importa reafirmar las nociones que antes había aludido en anteriores precedentes*. De otra parte, un caso de delito de peligro abstracto como el que nos ocupa en el presente trabajo, la mayoría de la CS en el caso *BOSANO, Ernesto Leopoldo s/ psa infracción a la ley 23.737* fallos 323:3486 entendió que *“en los delitos de peligro abstracto es el legislador quien, en el marco del principio de legalidad, determina ex ante si una conducta es peligrosa y con ello prevé la producción del daño a un bien, basándose en un juicio verosímil, formulado sobre una situación de hecho objetiva y de acerado con criterios y normas de la experiencia”* Así también en fallos 323:2367 *CENCOSUD SA S/ infracción ley 22.802* en su mayoría entendió que *no vulneraba el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, la circunstancias de que por vía reglamentaria se completara la descripción del tipo legal cuando la ley lo ha autorizado expresamente, como en el caso previsto en el artículo 18 de la ley 22.802, 323:3426 VIGIL, Constancio y otros s/ contrabando* que *“la regla del artículo 18 de la CN expresa que en base al principio nullum crimen nulla poena sine lege, el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva”*; lo que nos conduce ciertamente a observar que los verdaderos límites de la prohibición de la analogía para la interpretación del Derecho Penal, tal como ya comentamos más arriba, no está dado por la aplicación de la misma sino por el desapego en las circunstancias concretas de los derechos constitucionales.

<sup>72</sup> Como el caso del lobo para la prohibición del ingreso con perros a un determinado lugar.

judiciales y de las propuestas dogmáticas de *lege lata*: “*junto a la legitimación derivada de la racionalidad del sistema dogmático es necesaria pues la legitimidad de la legalidad... lo determinante es pues, que, a la vista del texto y de su contexto (al que pertenece de modo muy significativo el sistema dogmático) la resolución judicial aparezca como una consecuencia, empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable, del enunciado emitido por el legislador*”, que es lo que se encuentra en pacífica y alineada coherencia con la jurisprudencia de la Corte Suprema según ha evolucionado conforme lo expuesto y hasta emana como un reclamo a la hora de realizar una legítima interpretación del Derecho Penal.

A esta altura parece adecuada la apreciación señalada por Stratenwerth<sup>73</sup>, en tanto sólo “*una precisa descripción de la idea fundamental de la ley, orientada al correspondiente hecho tipificado en su ilicitud y culpabilidad, puede definir los límites de la interpretación admisible*”

VI.- CONCLUSIONES FINALES. El caso “Carbajal Zapata”. *¿Prohibición de analogía o fraude de ley legitimado?*

Tal como reflejan estas conclusiones, la utilización de uno u otro tipo de interpretación o método de interpretación implica consecuencias jurídicas que exceden el mero marco dialéctico o dogmático. El razonamiento del tribunal en el caso analizado podría pues haber implicado una derivación del procedimiento de *interpretación literal*, a diferencia de la posición del Fiscal General que ha intentado demostrar estas inconsistencias en base a un protocolo que permitiera establecer ciertamente *el sentido propio y ordinario de las palabras* incluidas en el tipo penal, a los fines de poder establecer la *ratio* de la norma bajo los límites constitucionales posible.

Se plantea así que la posibilidad de que el resultado del fallo analizado conlleve la **legitimación al fraude de ley**, observándose la importancia que detenta la necesidad de establecer claramente el tipo de método de interpretación que ha de emplearse al tiempo de analizar un enunciado jurídico-penal, debiéndose atenerse el juzgador en todo supuesto a los límites constitucionales reales que se ciñen respecto de su aplicación.

En este sentido, partiendo de la base de los conceptos de la doctrina dominante en torno a que el ciudadano es el destinatario de los tipos penales de modo tal que leyéndolos debería poder saber a qué atenerse, Riggi formula una destacable teoría que subsana los injustos errores que suceden a los conflictos que aparecen frente a las pretensiones de que el texto de las leyes sea leído con las reglas de la semántica del lenguaje ordinario<sup>74</sup>, y que atiende a que el Derecho tiene su propia semántica y donde los ciudadanos ordinarios son espectadores y no actores<sup>75</sup>.

Claramente una vez conceptualizada la figura del **fraude de ley** –que define como una *infracción a la finalidad de la norma y no al tenor literal de ley y que se caracteriza por el respeto a la letra de la ley, es decir a su texto legal*,

<sup>73</sup> RIGGI, Eduardo *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op cit. p. 132

<sup>74</sup> O así lo expresan.

<sup>75</sup> RIGGI, Eduardo , *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op cit, del prólogo de Jesús María SILVA SANCHEZ, p. 33-35.

para ponerla en juego o dejarla fuera de juego con el fin de obtener en ambos casos un beneficio propio al tiempo que se evita el castigo penal<sup>76</sup>, subraya que toda ley que pone límites al obrar de los particulares, les restringe su libre desarrollo y, por ende, les dificulta el ejercicio de sus pretensiones.

Considera el autor que la metodología del instituto jurídico del *fraude de ley* se encuentra presente en el inconsciente de la metodología utilizada por la dogmática penal, mas resulta necesario adoptar una postura metodológica diferente a la sostenida por la doctrina penal mayoritaria en torno a la teoría de la interpretación de la ley penal, para derivar en una **teoría restrictiva e intermedia de la interpretación**: donde no hay claridad –*in claris non fit interpretatio*– solo procederá la interpretación e intermedia por cuando acepta la existencia de casos fáciles que no necesitan interpretación y de casos difíciles que necesitan interpretación analógica a la luz de los fáciles. En este sentido muestra cómo en el **fraude de ley** el sujeto evita el tipo penal en el sentido amplio al infringir la norma de comportamiento, provocando en consecuencia un injusto material merecedor de pena.

En el caso que se ha analizado el tipo penal que agrava la pena del robo cuando éste fuera cometido con el uso de arma no añade la cláusula “*u otros medios igualmente peligrosos*” lo que podría hacernos dudar sobre su extensión a la hora de apreciar dicho agravante, llegando a la conclusión de que nadie podría evitar considerar que dicha acción es axiológicamente equivalente –o análoga– a la que se logra con utilizar otro elemento análogo al del arma. Así el **razonamiento subsuntivo** (deductivo) que, tomando en cuenta la sistematización de las corrientes metodológicas, señala la existencia de dos categorías fundamentales<sup>77</sup> al fracasar frente a casos de vaguedad extensional, da lugar a la analogía para lograr la precisión que la semántica no otorga e impedir que la burla a la finalidad de la norma.<sup>78</sup> Este método de equiparación que, al inicio de este trabajo parecía enfrentarse con el *principio de legalidad*, pues la *prohibición de analogía* se presentaba como su peor enemigo, lo que llevó a la necesidad de estudiar las instituciones del Derecho Penal de forma trasversal partiendo de un concepto restringido de interpretación jurídica conforme la máxima latina *in claris nin fit interpretatio*, que tiene lugar frente a la oscuridad de los términos interpretativos.

Recordando a Hart<sup>79</sup> se dirá así que no podrá hablarse de interpretación cuando el texto legal dada su claridad no arroje ninguna duda sobre su racional aplicación a un caso concreto, reconociendo los casos difíciles (*hard cases*) de los fáciles (*easy cases*) siendo en los primeros donde debe debatirse su inclusión en el significado o su exclusión de éste. La zona de penumbra del

<sup>76</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit., p 71.

<sup>77</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit., p 71.

<sup>78</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit., p 94, donde expresa que los efectos de la declaración del **fraude de ley** se dan al someter a los comportamientos que recaen en dicha circunstancia sometiéndola al imperio de la ley defraudándolo que recibe en Alemania el nombre de “equiparación” o “igualación traducción de “gleichstellung”, debiéndose estar a la norma que se quiso eludir. Así explica las posturas que señalan que los actos *contra legem* son sancionados con nulidad y los actos en *fraude de ley* se les aplica la norma defraudada, por lo que el acto será nulo aunque igualmente deba sujetarse a la aplicación de la norma eludida y no a la de cobertura.

<sup>79</sup> HART H.L.A. “*El Concepto de Derecho*”, editorial Abeledo Perrot, reimpresión de la tercera edición, traducción de Genero Carrió, p 9 y sg.

texto legal es el verdadero ámbito de la ley como ámbito de reglamentación que necesita concretización judicial

De esta forma *la completa o genuina sujeción a la ley penal solo existirá cuando el juez, además de considerar la letra del texto legal, también observe su finalidad*, siendo que lo contrario podría constituir una mera sujeción aparente que, llegado el caso podría comportar una desviación de poder por parte del juez. Así si el juez que sabe que la sentencia que va a dictar conduce a una solución injusta, si se ciñe a su texto o se escuda cobardemente en este en detrimento de su finalidad, abusa de su función jurisdiccional porque no se ha sometido genuinamente al imperio de la ley.<sup>80</sup>

Pues, como se ha explicado, el límite de la interpretación analógica descansará en el *principio de legalidad* y en la *reserva de la ley* que hará al íntegro respecto del *principio de seguridad jurídica*, de forma tal que el adagio de Ferrajoli en cuanto a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripción penales legalmente vigentes “*se trata, más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho vigente como objeto exhaustivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen qué es delito.*”<sup>81</sup>

De esta forma, aquellas conocidas *reglas de Interpretación* de SAVIGNI en sus “*Sistema del Derecho*”, que distinguía entre la interpretación **a) gramatical** –letra de la norma o interpretación lingüística-, **b) lógica** –motivo o fin de la norma como interpretación finalista teleológica que podría llamarse *interpretación teleológica* a la luz de lo expuesto-, **c) histórica** –en referencia a las circunstancias temporales a las que ha de atenderse para interpretar- y **d) sistemática** –por referencia a la concordancia entre las leyes-, debería admitirse debatir sobre la posible inclusión de otra categoría: la “*interpretación analógica para casos difíciles*”, que la procederá teniendo como límite el *principio de reserva* y la *regla de clausura*.

Negar tales soluciones podría implicar llegar en casos concretos a conclusiones jurídicas inestables y dispares que, en contra de la *seguridad jurídica* que propugnan, arribarían a decisiones judiciales *contra legem* como resultó en el caso CARBAJAL ZAPATA.

En el fondo, vuelvo a resaltar que los temores que se generan en el intérprete del Derecho Penal de sincerar su proceder habitual ante la presencia de *hard cases* y los tabúes que aparecen frente al deber de estas cuestiones, deviene del fangoso terreno que aún implica abordar seria y profundamente los límites actuales de la discrecionalidad judicial.-

<sup>80</sup> RIGGI, Eduardo J., *Interpretación y Ley Penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, op. cit, p. 420.

<sup>81</sup> Se cita en el fallo la obra de FERRAJOLI *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal* ed. TROTTA. Madrid 1995, p.374.