

MEMORIAS

Cesare Beccaria
y el control del poder
punitivo del Estado.
Doscientos cincuenta
años después

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ
RENATO VARGAS LOZANO
JUAN DAVID JARAMILLO RESTREPO

COMPILADORES



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

3



La imagen que sirve de portada al texto se corresponde con una fotografía de la estatua inaugurada el 19 de marzo de 1871, en el Palacio de Justicia de Milán, en homenaje a Cesare Beccaria por su lucha contra la pena de muerte. Es tomada del libro de Amati, A. (1872). *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte Vita ed opere di Cesare Beccaria. Studio del Prof. Amato Amati. II. Abolizione della pena di morte. Considerazioni del Dott. Antonio Buccellati. III. Rendiconto morale ed económico del comitato colle note degli oblatori, discorso del comm. Deput. P. S. Mancini. Relazione della festa dell'inaugurazione, documenti.* Milano: Dottor Francesco Vallardi, Tipografo-Editore.

Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después

Fernando Velásquez Velásquez
Renato Vargas Lozano
Juan David Jaramillo Restrepo
Compiladores

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal.
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
"Emiro Sandoval Huertas".

Bogotá, D.C., febrero de 2016

MEMORIAS No. 3

CESARE BECCARIA Y EL CONTROL DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.
DOSCIENTOS CINCUENTA AÑOS DESPUÉS

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Escuela de Derecho, Departamento de Derecho Penal,
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
“Emiro Sandoval Huertas”

© Luigi Ferrajoli - Kai Ambos - Nodier Agudelo Betancur - Jean Pierre Matus - Mario Trapani
- Juan Gonzalo Escobar Marulanda - Carlos Alberto Elbert - Javier Llobet Rodríguez -
Ricardo Posada Maya - Christian Wolffhügel Gutiérrez - María Cecilia Ramírez Guzmán -
Fernando Velásquez Velásquez

Edición: febrero de 2016

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin previa
autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3257500. Ext. 2131

www.usergioarboleda.edu.co

Fax: 3177529

Bogotá D.C.

Director editorial:

Jaime Barahona Caicedo

Coordinación, diseño y diagramación:

Jimmy F. Salcedo Sánchez

Impresión: Digiprint

Bogotá, D.C.

ISSN: 2322-9640

Contenido

Beccaria ayer y hoy <i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	5
La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria <i>Luigi Ferrajoli</i>	15
Cesare Beccaria y la humanización del derecho penal. Una lectura crítica con especial énfasis en su fundamento sobre la abolición de la pena de muerte <i>Kai Ambos</i>	37
Voltaire-Beccaria y los inicios del garantismo penal <i>Nodier Agudelo Betancur</i>	55
Beccaria y la política criminal con base científica <i>Jean Pierre Matus Acuña</i>	73
Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político <i>Mario Trapani</i>	93
Beccaria y la prevención de la criminalidad <i>Juan Gonzalo Escobar Marulanda</i>	195
Las penas de los nobles, o el delito de los poderosos. Un análisis del Capítulo 21, ‘Penas de los nobles’ <i>Carlos Alberto Elbert</i>	223
Las garantías procesales penales en la obra de Beccaria y su actualidad <i>Javier Llobet Rodríguez</i>	249
El proceso penal y sus formas. Una mirada desde el sistema penal acusatorio colombiano y las ideas liberales de Cesare Beccaria <i>Ricardo Posada Maya</i>	277
El principio de lesividad en Beccaria <i>Christian Wolffhügel Gutiérrez</i>	317
La vigencia del pensamiento de Beccaria en la doctrina del Tribunal Constitucional chileno <i>María Cecilia Ramírez Guzmán</i>	329
Beccaria y los límites al derecho de castigar <i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	337

Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*

Mario Trapani**

Resumen

Frente a la ‘ilusión’ iluminística del juez como mera ‘boca de la ley’ y a la consiguiente prohibición de su interpretación patrocinada por Beccaria y por los otros iluministas, una vez constatado que la interpretación constituye un momento lógicamente ineliminable, y exclusivo, para la determinación del ‘significado’ de cualquier texto escrito, se deriva que, no existiendo el derecho penal denominado ‘sustancial’ fuera de su aplicación en el proceso, la única ‘norma penal’ efectivamente existente es, en realidad, solo el ‘resultado’ de la actividad interpretativa del juez, en cuanto dotada del requisito de la ‘coercibilidad’. Eso comporta entonces, por un lado, la normal coexistencia de normas ‘antinómicas’ como momento ‘fisiológico’ del sistema penal, por el otro, la ‘retroactividad’ como ‘aspecto lógico’ de cualquier norma penal incriminadora. Ante tal situación, aunque es cierto que cada sistema normativo prevé mecanismos para garantizar, de un lado, la coherencia interna del ordenamiento, del otro, los destinatarios de la norma del inevitable ‘riesgo’ derivante de su retroactividad, es necesario sin embargo reconocer como, en

* Texto revisado, ampliado en gran medida y acompañado de notas, de la ponencia presentada con ocasión del VIII Congreso Internacional de Derecho Penal ‘*Cesare Beccaria y el control del Poder de punitivo del Estado. 250 años después*’, llevado a cabo en Bogotá, Colombia, el primero y el dos de octubre de 2013, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad ‘Sergio Arboleda’ y, además, en el ámbito del V Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Santa Marta, Colombia, en el 4 de octubre de 2013 en la Universidad ‘Sergio Arboleda’- Seccional Santa Marta. Traducción a cargo de Christian Wolffhügel Gutiérrez, Profesor de Derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda y Doctor en Derecho penal de la Università degli Studi ‘Roma Tre’ (Roma, Italia).

** Mario Trapani, Profesor Ordinario de Derecho penal, Università degli Studi ‘Roma Tre’, Roma, Italia; Catedrático de Derecho Procesal Penal, *Pontificia Universitas Lateranensis*, Ciudad del Vaticano.

realidad, no existen límites efectivos que puedan vincular la actividad ‘creativa’ de las normas penales por parte del juez. Entonces, si sus elecciones normativas, en cuanto de hecho ‘no controlables’, son inevitablemente elecciones ‘políticas’, eso genera la necesidad de una ‘legitimación democrática’ de las normas judiciales. Ello puede ocurrir, recuperando el significado político profundo del principio de legalidad según Beccaria, solo si la ‘última palabra’ en tema de ‘legitimidad’ de cierta interpretación de la ley penal, es decir de la norma creada por el juez, retorna, en vía directa o indirecta, dentro de un sistema que quiere ser verdaderamente democrático, al único órgano que expresa plenamente la soberanía popular, o sea el Parlamento. Concluyendo, la solución que se propone es la creación de un Tribunal Supremo de Casación, órgano jurisdiccional de última instancia pero ‘extraño’ al orden judicial y en vía directa dependiente políticamente del Parlamento, cual garante de una interpretación de las leyes penales que podríamos definir ‘auténtica’ en cuanto conforme a la ‘voluntad política’ del órgano expresión de la soberanía popular.

Palabras clave

Beccaria, interpretación, norma judicial, antinomias, retroactividad, legitimación democrática.

1. Introducción

La primera pregunta que me hago es porqué una prestigiosa universidad colombiana, la Sergio Arboleda, en particular en la persona de mi amigo el Profesor Fernando Velásquez Velásquez, ha querido organizar un Congreso Internacional con ocasión de los 250 años desde la publicación del *pamphlet* ‘*De los delitos y de las penas*’ de Cesare Beccaria Bonesana, marqués de Gualdrasco y Villareggio. ¿Solo para celebrar una etapa cultural, aunque importantísima, en la evolución del pensamiento penal moderno, rindiendo el debido homenaje a quien puede, con razón, ser indicado como el ‘fundador’ (o uno de los más acreditados entre los fundadores, junto con Carmignani y Carrara) de la Escuela Clásica de derecho penal en Italia? ¿O más bien es la presencia de un nuevo escenario político-institucional, que se encuentra hoy en día en países incluso muy diferentes por experiencia histórica, que convierte de estrechísima actualidad –ante todo en el plano práctico-operativo– el pensamiento y sobre todo las denuncias, sostenidas por un fuerte anhelo

moral, de Beccaria? Creo que el momento histórico de transición y de grandes transformaciones sociales y (consecuentemente) políticas que estamos atravesando, transformaciones que cubren, obviamente, también la esfera del derecho y en particular del derecho penal precisamente por el rol que esta rama del ordenamiento jurídico ha desarrollado desde siempre como momento de ‘cierre’ de cualquier sistema normativo estatal a través del recurso al uso regulado de la ‘fuerza’¹, nos está rápidamente llevando a un nuevo período de ‘barbarie’ del derecho penal como consecuencia del abandono –sustancial, pero en muchos casos ahora también formal– de sus tradicionales principios ‘garantistas’ en nombre de un neo ‘eficientismo’ punitivo ‘anti formalista’ (mejor: ‘sustancialista’), consecuencia también de un diverso modo de entender el rol político-institucional de los jueces, vistos ahora –gracias también a una industria massmediática alarmista y complaciente– como tutores ‘absolutos’ de la ‘legalidad’ (¡no, nótese, de la ‘ley’ en cuanto expresión de la voluntad política del Parlamento!) y ‘ángeles vengadores’ de la ‘moral pública’ ultrajada por el crimen. Esto es, en mi opinión, lo que convierte aún hoy en actualísimo el pensamiento de Beccaria, en particular con referencia al perenne problema de la naturaleza y del significado de la interpretación judicial, y a su posición, netamente contraria y hasta hostil, frente a la misma admisibilidad de la interpretación de la ley.

Mi intervención se desarrolla según tres directrices principales. En la primera parte, analizo la posición de Beccaria, abiertamente contraria –como dije– con respecto a la admisibilidad (o más correctamente: a la misma legitimidad) de la interpretación de las leyes, en particular penales, por parte de los jueces, evidenciando sus razones, antes que jurídicas, ideológicas y políticas; posición ésta –que alguien pudiera definir ‘ingenua’– como consecuencia del significado atribuido por Beccaria, pero también por otros iluministas como Pietro Verri, a la interpretación de las leyes. En la segunda, me dedico a resaltar el rol desarrollado, en la efectiva ‘dinámica’ jurídica, por la interpretación de la ley, de entenderse, fuera de ficciones retóricas, al menos en el sector pe-

¹ Sobre este punto véase Trapani, 2012, espec. pp. 758-759; 762-763. En particular, subraya Ferrajoli como el sistema de garantías, sustanciales y procesales, que caracteriza el derecho penal deba considerarse finalizado precisamente a la “minimización de la violencia y de la arbitrariedad”, en la doble dirección de la prevención de los delitos y de la tutela de los derechos fundamentales del indagado/imputado antes y del –eventual– condenado después. En este sentido tal modelo normativo de ‘derecho penal mínimo’ podría definirse también como la “*ley del más débil*” (2011, espec. Cap. XV, par. 15.10, pp. 346-351).

nal del ordenamiento, como actividad eminentemente ‘creativa’ del derecho, mejor dicho, fuera de metáfora, como la única verdadera ‘fuente inmediata’ de las normas penales ‘efectivamente’ vigentes y ‘vinculantes’. En la tercera y última parte, intento ver si y en qué límites las instancias políticas de ‘garantía’ de las ‘libertades’ de los ciudadanos, implicadas en la concepción de Beccaria sobre la interpretación, puedan representar todavía hoy ‘líneas guía’ de ‘política criminal’ de perseguir sea en la elaboración teórica como en la práctica judicial y con cuáles instrumentos, políticos e institucionales antes que jurídicos, ellas puedan actualizarse.

Dos anotaciones preliminares. En primer lugar, *‘De los delitos y de las penas’* no es una obra de derecho penal en sentido técnico (o sea, propiamente, de dogmática jurídica), sino solo un breve tratado de ‘filosofía política’ y de –aquello que llamaríamos hoy, modernamente– ‘política criminal’; escrito además no por un jurista (aunque graduado en jurisprudencia; mas correctamente: *in utroque iure*) sino por un polemista que, ante todo, era un filósofo moralista con ansia política de un reformador del orden social constituido². Lo que explica por qué, para entender correctamente el alcance del pensamiento de Beccaria y su eventual actualidad, sería sin duda impropio (además de incongruente) utilizar únicamente cánones jurídicos, debiendo el análisis de sus reflexiones extenderse viceversa a los perfiles políticos e institucionales de las temáticas afrontadas y a las problemáticas de esos implicadas. Esto me permitirá, hablando de las ‘fuentes’ de la ‘norma penal’, hacer referencia sin lugar a dudas, no a eso que ‘debería ser’ fuente, según las ‘formalidades’ previstas por las Constituciones y por las leyes (con sus ‘normas de organización’ dirigidas a los órganos del Estado, normas que, no por casualidad, son aquellas que ‘viven’ en las ‘prácticas constitucionales’, y no a través de la ‘interpretación’ de textos, como las que tienen como destinatarios los ciudadanos comunes), sino a eso que ‘es’, efectivamente, o sea en la realidad del sistema, ‘fuente’ de la ‘norma penal’.

² Dice Calamandrei: “Estos escritores [Beccaria y aquellos de su círculo, la *Accademia dei Pugni* (Academia de los Puños), nombre evidentemente evocativo del hecho que las discusiones que tuvieron lugar allí debían ser cuanto menos ‘animadas’!], incluso cuando se cualifican como filósofos o historiadores, eran, ante todo, políticos y moralistas: hombres de pensamiento, pero de un pensamiento ansioso de reformar ordenamientos sociales, y por tanto en realidad hombres de acción” (1945, pp. 56-57).

En segundo lugar, es necesario siempre recordar como la perspectiva filosófica que mueve todo el ‘programa’ político-criminal desarrollado en su *pamphlet* por Beccaria es la concepción ‘utilitarista’ del derecho y de la pena; concepción que se conecta, cruzándose, con las doctrinas políticas de la ‘separación de poderes’ y de la ‘supremacía de la ley’, ley vista, según las teorías ‘contractualistas’, como expresión de la ‘voluntad general’ de los coasociados que ‘autolimitan’ su propia esfera de libertad por el mayor bienestar de todos.

2. La posición de Beccaria con respecto a la interpretación de las leyes

Dice Beccaria, con una expresión vigorosa y sugestiva, que “el más cruel verdugo de los desdichados [es] la incertidumbre” (2014, Cap. I, p. 74). Esta idea-guía de la exigencia, toda política, de la ‘certeza’ del derecho, de entender como posibilidad de previsión por parte de cada ciudadano de la calificación, y por lo tanto de la valoración, que el ordenamiento jurídico hará de sus comportamientos (o más correctamente: como ‘predecibilidad’: *supra*, § 2 –o sea como posibilidad de ‘predicción’– de las decisiones de los órganos jurisdiccionales), y que atraviesa el entero libro, se encuentra, indiscutiblemente, también detrás de la actitud de Beccaria en relación con la ‘interpretación judicial’, vista como ‘enemiga’ de la abstracción y de la igualdad, que pueden derivarse solo de la ley, y por consiguiente, al final, ‘enemiga’ de la misma certeza del derecho; interpretación que debería ser por lo tanto pura y simplemente prohibida.

Las palabras pronunciadas por Beccaria en el Capítulo IV de su obra, específicamente dedicado a la ‘Interpretación de las leyes’, son terribles en su crudeza –a veces hasta de verdadero desprecio y sarcasmo– y no dan lugar a dudas:

No hay nada más peligroso que el axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto ante el torrente de las opiniones. [...] Cada uno de los hombres tiene su punto de vista, y cada uno de ellos, en diferentes épocas, tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de una buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la enfermedad que padece, de sus relaciones con el ofendido, y de todas aquellas minúsculas fuerzas que transforman las apariencias de cada objeto en el ánimo siempre fluctuante del hombre. Veríamos, por consiguiente, la suerte de un ciudadano cambiar muchas veces según fuera pasando por diversos tribunales, y las vidas de los

desdichados ser víctima de los falsos raciocinios o del fermento actual de los humores de un juez, que tomaría por interpretación legítima el vago resultado de toda aquella confusa serie de nociones que le agitaban la mente. Veríamos, pues, los mismos delitos castigados en diversa forma por un mismo tribunal en diversas oportunidades, por haber consultado, no a la voz constante y fija de la ley, sino a la errabunda inestabilidad de las interpretaciones (2014, Cap. IV, pp. 87-88).

El recurso por parte del juez al ‘espíritu de la ley’ en vez de su ‘letra’ –especialmente en materia penal pero con consideraciones válidas para todo el ordenamiento– daría en consecuencia rienda suelta a su absoluto arbitrio; en contra por lo tanto de la ‘certeza’ del derecho, funcional, a su vez, a la conexa exigencia de ‘igualdad’ de los ciudadanos, ‘valores políticos’, típicos del iluminismo, que podrían ser ‘garantizados’ solo por una ‘codificación’, o sea por una ‘ley’, dada su naturaleza general y abstracta³, y consecuentemente válida para todos (o sea ‘igual’), ‘políticamente legitimada’, desde el punto de vista democrático, por ser expresión de la ‘voluntad general’ de los coasociados, que se han ‘auto-limitado’ en sus derechos de libertad a través del ‘contrato social’.

Esta actitud de Beccaria es consecuencia lógica de su posición filosófico-política de condisión de la teoría de la ‘separación de poderes’, que había hecho afirmar a su teorizador, Montesquieu, según una celebrísima fórmula ahora definitivamente pasada a la historia, que el juez no debe ser otro que ‘boca de la ley’⁴. Si en efecto, conforme a la teoría del ‘contrato social’, es la ‘ley’, y solo la ley, expresión directa y exclusiva de la ‘voluntad general’ de los coasociados, se deduce pacíficamente que el juez no puede hacer ‘valoraciones’ diversas y ulteriores respecto a aquellas del ‘legislador’ (quien en un sistema democrático, en cuanto Parlamento constituido por los representan-

³ Obsérvese: hablando de ‘codificación’ Beccaria se refiere a una ley no solo general y abstracta, como todas las leyes, sino también intrínsecamente ‘orgánica’, o sea ‘internamente coherente’, interna coherencia que solo un ‘código’ simple y accesible a todos puede proporcionar.

⁴ Charles-Louis de Secondat de Montesquieu (1989): “Pero los jueces de la nación son solo, como hemos dicho, la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados, que no pueden regular ni su fuerza ni su severidad” (Libro XI, capítulo VI, p. 317). Y añade: “En los Estados despóticos no hay ley: el mismo juez es la regla. En los Estados monárquicos hay una ley: donde es precisa, el juez la sigue; donde no lo es, busca su espíritu. En el gobierno republicano, está en la naturaleza misma de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No es lícito interpretar una ley en perjuicio de cualquier ciudadano, cuando se trata de sus bienes, su honor o su vida” (Libro VI, capítulo III, p. 225).

tes del pueblo, es el único titular del poder político, o sea del poder de hacer elecciones). Eso también como reacción frente a la experiencia histórica del *Ancien Régime* caracterizada por el poder ‘arbitrario’ de los jueces.

Pero ¿qué cosa se debe entender exactamente por interpretación? O mejor ¿qué entiende exactamente Beccaria por ‘interpretación de las leyes’?

Para dar una respuesta adecuada a esta pregunta, me parece no solo útil sino hasta indispensable referirse también a lo escrito sobre la interpretación de las leyes por otro gran iluminista, Pietro Verri, en la revista ‘*Il Caffè*’, o sea de quien, en la *Accademia dei Pugni* (Academia de los Puños), no solo fue amigo sino también –como ahora es notorio– directo inspirador de las reflexiones de Beccaria que luego se tradujeron en el *pamphlet* ‘*De los delitos y de las penas*’⁵:

Interpretar significa hacer decir al legislador más de lo que ha dicho, y aquel *más* es la medida de la facultad legislatora, que se arroga el juez. En dos casos puede tener lugar la interpretación: el primer caso es cuando en la ley no sea previsto el asunto, que se debe decidir, y que sea asunto nuevo, sobre el cual no haya ninguna ley clara y manifiesta; el segundo caso es cuando, en el cuerpo de las leyes, se encuentren dos principios diversos, entre los cuales exista duda sobre cuál de los dos deba dirigir la decisión del asunto. En la primera suposición, el juez, con el pretexto de interpretar la mente del legislador, realmente fabrica una nueva ley⁶, sobre la cual apoya una sentencia, y consecuentemente el legislador y el juez coinciden perfectamente en la misma persona. En la segunda suposición el desorden es menos patente, pero no obstante existe; porque el juzgar con leyes fabricadas según su propia opinión, o bien el juzgar sobre las leyes por cierto legítimamente promulgadas, pero múltiples, variadas, contrarias, y tener la opción libre de tomar ora la una ora la otra, sobre las cuales establecer sentencias opuestas en casos por otra parte similares, es poco más o menos en cuanto a la seguridad y a la libertad política la misma cosa; y el juez que tenga la facultad de escoger más una ley que otra para juzgar un caso, es realmente legislador, siendo él quien da fuerza

⁵ Recuérdese cómo Pietro Verri fue, a su vez, autor de otro muy conocido *pamphlet*, *Observaciones sobre la tortura*, obra compuesta entre 1770 y 1777 y publicada póstuma en 1804. Perteneciente al mismo círculo cultural e ideológico de la *Accademia de los Puños* era también otro de los hermanos Verri, Alessandro.

⁶ Es importante subrayar como la ‘interpretación de la ley’ es vista por Verri (1960, p. 487) como “pretexto”, casi mera figura retórica de la argumentación efectuada en sede de decisión: en el sentido que, en realidad, detrás de la interpretación no está la ley (formal), sino solo lo que el intérprete ‘entiende’ que es la ley, o sea la ‘norma’ como su contenido.

de ley más a un texto que a otro de la misma ley. Entonces el interpretar la ley convierte en legislador al juez, y confunde las dos personas del legislador y del juez, de la absoluta separación de las cuales depende esencialmente la libertad política de una nación. Por lo tanto una nación que busque la libertad política debe prohibir a cada juez cualquier libertad de interpretar las leyes (1960, p. 487)⁷.

Consecuentemente, según Pietro Verri, un espacio lógico para la intervención de la ‘interpretación’ podría abrirse o cuando no hay alguna ley que discipline específicamente el caso concreto, considerado sin embargo merecedor de pena; o cuando el hecho es aparentemente reconducible bajo más leyes, donde la incerteza dependería de la no ‘claridad’ del legislador.

Es evidente como Verri y Beccaria ven en la interpretación ante todo eso que hoy llamaríamos, modernamente, ‘analogía’. Lo que permite deducir dos ulteriores corolarios. En primer lugar, que entre ‘interpretación’ (en particular ‘extensiva’ o ‘evolutiva’) y ‘analogía’ –como por otro lado desde siempre una parte de los teóricos generales del derecho pero también de los penalistas ha considerado–, fenómenos aunque teóricamente bien distinguibles, en la práctica es muy difícil, si no imposible, individuar una nítida y precisa línea de confín⁸. En segundo lugar que, consecuentemente, también la interpretación –a la par de cuanto ahora comúnmente se sostiene para la analogía⁹–

⁷ Y continúa: “De otra manera, sucede aquello que el ilustrísimo señor Genovesi escribió en su razonamiento sobre el comercio, es decir que ‘entonces las leyes en manos del poderoso y del astuto son siempre armas listas, y fuertes para ofender, y engañar; pero no ya armas de defensa en manos del débil, o del ignorante’” (p. 487). Aquí parece sentir resonar la cínica pero dramáticamente realista frase, modernamente atribuida según la tradición a Giovanni Giolitti, político y estadista italiano entre los siglos XIX y XX, según la cual “para los enemigos las leyes se aplican, para los amigos se interpretan”.

⁸ Como por otra parte sucede también con la distinción entre los conceptos de norma ‘especial’ y norma ‘excepcional’, tratándose de todas formas en ambos casos, estructuralmente, de ‘excepciones’, en el sentido de ‘límites negativos’, a una norma ‘general’.

⁹ Para mantener también la analogía –cuando explícitamente ‘autorizada’ o ‘impuesta’ por cierto ‘sistema’ normativo entre las reglas de ‘aplicación’ de la ley– en el ámbito de una mera actividad de ‘interpretación’ del derecho (y no de ‘creación’ de normas generales y abstractas), partiendo del presupuesto de la teoría general según el cual en ningún ordenamiento jurídico ‘positivo’ pueden existir lagunas legislativas ‘formales’ “en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido”, resolviéndose esta idea en la “ficción de que el derecho en vigor es lógicamente inaplicable a un caso concreto” (así Kelsen, 1979, p. 176, y, en general, pp. 174-177; Id., 1997, pp. 254-258). Esta autorizada doctrina afirma consecuentemente (véase Gallo, 1999, p. 94 ss.) que la analogía cubriría solo las llamadas lagunas ‘sustanciales’, resolviéndose por lo tanto, lógicamente, en una actividad interpretativa del entero ordenamiento jurídico: en el sentido de que el juez individuaría la norma concretamente aplicable siempre al ‘interior’ del ordenamiento sobre la base de su interpretación ‘global’. Aunque hay que destacar que, a diferencia de lo afirmado por Kelsen, Gallo excluye

es verdadera ‘actividad creadora del derecho’, o sea de las normas concretamente aplicables (y aplicadas) por el juez. Y es esta última, sin duda, la perspectiva teóricamente, pero sobre todo políticamente, más interesante e importante.

Además, en Verri están también nítidamente expresados dos conceptos (no igualmente claros, sino solo implícitos, en el pensamiento de Beccaria): que no “es posible contener en un solo código todas las acciones, que el capricho del hombre puede hacer” (1960, p. 487), yendo entonces contra el ‘mito’, éste sí del todo ideológico, perseguido también por los soberanos ‘iluminados’ como Federico Guillermo II de Prusia con su *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) del 1794 (que, no por casualidad, el soberano prusiano ordenó ser excluído de la interpretación, retomando una vieja idea que se remonta nada menos que a Justiniano¹⁰), de un ‘código’ omnicompreensivo, reiterando, por el contrario, la ineliminable, desde el punto de vista lógico además de práctico, presencia de ‘lagunas’, dada la naturaleza necesariamente ‘incompleta’ de cualquier cuerpo normativo escrito. ‘Lagunas’ frente a las cuales Verri juzgaba menor el mal que, en tal modo, queda impune el autor de un hecho –así sea considerado merecedor de castigo pero– no expresamente previsto por la ley como delito, antes que el mal que se derivaría castigando a este sujeto sobre la base de instancias de ‘justicia sustancial’ y de ‘equidad’, que inevitablemente están detrás de la interpretación ‘extensiva’ (o, peor aún, ‘evolutiva’) de la ley conducida de acuerdo con su

que “la actividad desarrollada por quien realiza un procedimiento de extensión analógica pueda ser considerada interpretación del derecho únicamente según una ficción: esto es, si convendría en considerar declarativa una actividad que, fuera de cualquier duda, sería más bien creativa” (*ibidem*, p. 95).

¹⁰ La prohibición de interpretar el ALR (sobre el cual véase las consideraciones de Zweigert & Kötz, 1992, p. 110) –más que ‘código’ en sentido moderno, obra que se acercaba al viejo modelo de la ‘compilación’ de tipo justiniano– aparece sin embargo como expresión del espíritu de la monarquía absolutista cual garantía del poder soberano, en el sentido que, siendo ‘derecho’ solo ‘*quod principi placuit*’, se derivaba que tarea del juez debía ser solo aplicar rígidamente la ‘voluntad’ del monarca tal cual se expresaba a través de la legislación escrita que emanaba exclusivamente de él. Por el contrario, la prohibición de interpretación, según Beccaria, se fundaba en presupuestos completamente diversos, o sea en la exigencia de garantizar la certeza del derecho y la seguridad jurídica, que llevaban a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, ley vista como fruto de la, democrática, separación de poderes en cuanto expresión de la ‘voluntad general’. La ilusión de poder prohibir la interpretación se remonta, como es bien conocido, nada menos que a Justiniano y a su recopilación, el Digesto: sí, de hecho, la ‘ley’ es *ratio scripta*, la ‘razón’ no puede ser ‘interpretada’, sino es, lógicamente, siempre igual a sí misma (como el ‘derecho natural’, cual justamente derecho de ‘razón’).

‘espíritu’, colmando la eventual ‘laguna’¹¹. Donde es entonces claro como, partiendo de estas premisas, la única ‘interpretación’, al límite, teóricamente admisible sería, paradójicamente, una ‘no interpretación’ cual es aquella rígidamente conforme a la ‘letra de la ley’, o sea la interpretación definida –en forma impropia– ‘estrictamente literal’ (la *strict interpretation* de los anglosajones con referencia a los *Statutes*)¹²; mientras que todas las otras formas supuestamente de denominada ‘interpretación’ –extensiva, evolutiva, etc.¹³–, andando inevitablemente de algún modo ‘fuera’ de los estrechos ‘confines’ de la letra de la ley, expresarían en realidad una posición ‘adaptativa’ por parte del juez a instancias ‘sustanciales’ de ‘justicia’ del caso concreto. ‘Lagunas’ (sustanciales) de la ley¹⁴ que en cambio, siempre según Verri, podrían ser colmadas solo por el mismo legislador, en cuanto único órgano democráticamente y por lo tanto políticamente legitimado a tal función.

Solo de la “rigurosa observancia de la letra de una ley penal” por parte de los jueces, continúa Beccaria, “adquieren los ciudadanos la seguridad de sí mismos, que es la justa, porque es el fin para el cual los hombres se hallan en sociedad; que es la útil, porque los pone en el trance de calcular exactamente los inconvenientes de un delito” (2014, Cap. IV, pp. 88-89). Entonces, una vez más, el ‘utilitarismo’ que está siempre detrás de la propuesta teórico-práctica de Beccaria, representado, aquí, por la utilidad para la sociedad de garantizar, a través de la prohibición de interpretación, la ‘certeza’ del derecho y por lo tanto la seguridad y la igualdad de los ciudadanos frente a la ‘ley’¹⁵.

¹¹ Verri, en realidad (1960, pp. 486-487), respondiendo idealmente a un contradictor, parece identificar el ‘espíritu de la ley’ con la ‘intención del legislador’, o más bien, como parecería deberse entender por todo el contexto del discurso, con su voluntad ‘presunta’, es decir con aquella que hoy llamaríamos, propiamente, *voluntas legis* ‘objetivada’.

¹² Recuérdese también –a parte de cualquier consideración sobre su efectivo alcance heurístico– la antigua máxima (= ‘brocardo’) *in claris non fit interpretatio*.

¹³ Discurso en parte diferente, en mi opinión, debe en cambio hacerse para la interpretación denominada ‘restrictiva’: aquí la ‘superación’ de la *voluntas legislatoris* podría también ser, política más que jurídicamente, justificada, en el sistema penal, por el hecho que el resultado de dicha actividad interpretativa ‘ampliaría’ en todo caso la esfera de ‘libertad’, especialmente personal, del destinatario de la norma, ‘valor absoluto’ en los modernos ordenamientos jurídicos que, no casualmente, califican la libertad personal como ‘inviolable’.

¹⁴ Sobre la posibilidad de hablar, al máximo, solo de lagunas ‘sustanciales’ de la ley, no pudiendo existir viceversa desde el punto de vista lógico en una visión rígidamente positivista-formalista del derecho lagunas ‘formales’, véase *supra*, nota 9.

¹⁵ Subraya Audegean: “*Autoriser le juge à interpréter la loi sous prétexte d’équité, c’est substituer la volonté imprévisible et arbitraire d’un individu à la parole publique de la loi: c’est donc détruire la liberté politique. L’institution pénale obéit en somme à un utilitarisme de la règle*” (2011, p. 22). [Trad.: “Autorizar al juez para interpretar la ley con el pretexto de la equidad, es sustituir la voluntad

Esta actitud –absolutamente drástica y por ciertos aspectos inédita– de Beccaria contra la interpretación es, bajo otro perfil, como se ha dicho, consecuencia lógica del acogimiento de la teoría filosófico-política de la ‘separación de poderes’, como aplicación de dicho principio.

Si por lo tanto, continúa Beccaria, “tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales, por la misma razón de que no son legisladores” (2014, Cap. IV, p. 86), se sigue lógicamente que “el oficio de un juez no consiste más que en establecer la certeza de un hecho” (*idem*, Cap. VII, p. 103), es decir “examinar si este o el otro hombre ha cometido o no una acción contraria a las leyes” (*ibidem*, Cap. IV, p. 87). “Cuando un código fijo de leyes que deben observarse a la letra no deja al juez otra incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes a la ley escrita”, esto “no es asunto de controversia, sino de hechos” (*ibidem*, Cap. IV, p. 88): en otras palabras, en términos jurídicos actuales, el juez no se ocupa de cuestiones de interpretación del derecho, sino solamente de verificación de la existencia o no del hecho histórico y de su ‘subsumibilidad’ bajo la ‘letra’ de la ‘ley’. En particular, esto significa que “en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto: la [premisa] mayor debe ser la ley general, la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre” (*ibidem*, Cap. IV, p. 87). Es esta, como es notorio, la concepción puramente ‘mecanicista’ de la ‘aplicación’ de la ley como ‘silogismo perfecto’ según un esquema epistemológico rígidamente lógico-deductivo, en el cual el juez es reducido a mera ‘boca’ de la misma ley, concepción típica de la ideología –y de las ilusiones– del Iluminismo jurídico¹⁶.

En la visión iluminista (al menos de la mayoría de los iluministas), por tanto, el juez puede solo ‘aplicar’, no ‘interpretar’, la ley; mejor dicho: entre la ley y su aplicación no puede haber ‘espacio’ para otra actividad, precisa-

imprevisible y arbitraria de un individuo con la palabra pública de la ley: significa entonces destruir la libertad política. La institución penal obedece en conclusión a un utilitarismo de la regla”].

¹⁶ “Cognición del hecho, aplicación literal de la ley; he ahí a lo que se reducen todos los deberes de un juez”: así Filangeri (1841, p. 385, cit. por Ferrajoli, 2001, p. 200 nota 115), según el cual, entre otras cosas, “*Equidad, interpretación y arbitrio* no son más que voces sinónimas [cursivas del Autor]” (*ibidem*, pp. 380-382).

mente la interpretativa, que intente individuar ‘más allá de la letra’ de la ley su ‘espíritu’ (o sea lo que el legislador ‘habría’ ordenado si hubiese tenido que evaluar la situación sometida al análisis del juez). Haciéndolo así en efecto el juez se sustituiría, de hecho, en las elecciones políticas últimas al legislador, o sea, en una democracia representativa, al Parlamento¹⁷.

3. El mito de la ‘claridad’ de la ley y el problema de su ‘oscuridad’ como causa de la interpretación

Para concluir y recapitular sobre el punto. La idea-guía de Beccaria –pero en general de los representantes del denominado iluminismo jurídico– que la ‘interpretación’ de las leyes sea, de por sí, un ‘mal’ y por lo tanto sin duda de prohibir, se conecta a dos presupuestos políticamente diversos aunque parcialmente intersecantes entre sí. De un lado, a la idea filosófico-política de la ‘separación de poderes’, principio del cual la prohibición de interpretación judicial de la ley, entendida correctamente como verdadera y propia actividad de ‘creación’ del derecho capaz de llenar las ‘lagunas’ de la *littera legis*, constituye una aplicación. Principio de la división de poderes que es él mismo, a su vez, una consecuencia directa del fundamento ‘contractual’ del ‘derecho de punir’, en el sentido que solo los ciudadanos, en cuanto titulares exclusivos de la ‘soberanía’, pueden ‘auto-limitarse’ en sus libertades y derechos fundamentales a través de sus propios representantes.

De otro lado, la prohibición de interpretación judicial de la ley se conecta a otro ‘mito’, también éste de típica matriz iluminista pero directamente funcional a la ‘garantía’ de los bienes fundamentales de la persona, según el cual la ‘codificación’¹⁸, una vez llevada a cabo, habría convertido el derecho

¹⁷ Sintomático de esta última actitud ‘intelectual’ es viceversa el hecho que actualmente, en el interpretar las mismas ‘reglas sobre la interpretación’ en aquellos ordenamientos que las prevén en correspondientes disposiciones legislativas (como en Italia, pero también en Colombia), la referencia explícita al criterio de la ‘intención del legislador’ (*intentio legislatoris*) es, al contrario de cuanto deseado por los Iluministas, normalmente leído por los ‘intérpretes’ –jueces y doctrinarios– no como sinónimo de intención ‘subjética’ del legislador ‘histórico’, sino como ‘*intentio legis*’ o sea intención ‘objetivada’ del texto legislativo, fruto de su interpretación ‘sistemática’; en otras palabras, como *ratio* es decir ‘fin’ o ‘función’ de la ley ahora ‘objetivada’ (en el sentido de voluntad ‘autónoma’ respecto a aquella que era la voluntad ‘política’ de los redactores de la ley escrita).

¹⁸ Dice Audegean: “*Inconnu avant le XIX^e siècle, le term de codification peut néanmoins servir à désigner une double exigence des Lumières juridiques: la reductio des sources du droit à la seule loi, la publicité maximale de cette loi [nota 2: Beccaria formule ainsi le souhait d’un “code qui circule entre les mains de tous les citoyens”. [...] Cette seconde exigence obéit à une logique utilitariste de la maximisation; la première obéit au contraire à une logique normative de tout ou rien.]. C’est au nom de cette exigence que, dans le § IV des Délits et des peines, Beccaria élabore une doctrine*

en ‘simple y claro’ y por lo tanto ‘accesible’ a todos (favoreciendo así –junto a la ‘publicidad’ de la cual habría debido gozar el mismo código– la ‘cognoscibilidad’ de la ley por parte de los ciudadanos); lo que, acompañado de la estructura general y abstracta de sus disposiciones, habría además garantizado el valor de la ‘certeza’ del derecho, de entenderse como (razonable) ‘previsibilidad’ (más correctamente: ‘predecibilidad’: *supra*, § 2), por parte de los coasociados, de la decisión del juez en el caso concreto, y por lo tanto garantizado la misma ‘igualdad’ de los ciudadanos frente a la ley. A su vez, precisamente la simplicidad, claridad y accesibilidad para todos de la ‘ley’ habría hecho esta, por así decirlo, ‘democrática’ –además por provenir de los representantes del pueblo a través del contrato social–, por lo cual no habría tenido más sentido la intervención de una ‘clase’ de ‘juristas’ profesionales para ‘interpretarla’¹⁹.

Beccaria es en efecto clarísimo en denunciar como el ‘mal’ constituido por la interpretación está, entre otras cosas, estrechamente conectado a la ‘oscuridad’ de las leyes:

Si la interpretación de las leyes es un mal, es evidente que lo es también la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y lo será grandísimo, si las leyes se escriben en un lenguaje extraño al pueblo, que lo pongan en dependencia de unos pocos, sin poder juzgar por sí mismo en qué pueden venir a parar su libertad o sus miembros; en una lengua que haga de un libro solemne y público algo particular y doméstico²⁰. Cuanto mayor sea el

sévère et inédite de l'interprétation judiciaire des lois pénales: tout interprétation doit, selon lui, être purement et simplement interdite, d'abord pour des raisons de justice, ensuite pour des raisons d'utilité" (2011, pp. 15-16).

[Trad.: “Desconocido antes del siglo XIX, el término codificación puede sin embargo servir para indicar una doble exigencia del Iluminismo jurídico: la reducción de las fuentes del derecho únicamente a la ley, la máxima publicidad de esta ley [nota 2: Beccaria formula así el auspicio de un “código que circule entre las manos de todos los ciudadanos”. [...] Esta segunda exigencia obedece a una lógica utilitarista de maximización; la primera obedece al contrario a una lógica normativa del todo o nada]. Es en nombre de esta exigencia que, en el § IV de los *Delitos y de las penas*, Beccaria elabora una doctrina severa e inédita de la interpretación judicial de las leyes penales: toda interpretación debe ser, en su opinión, pura y simplemente prohibida, en primer lugar por razones de justicia luego por razones de utilidad”].

¹⁹ De un ‘código’ como “estable monumento del pacto social” que “gire entre las manos de todos los ciudadanos” habla siempre Beccaria (2014, respectivamente, Cap. V, p. 91, y Cap. XXXIII, p. 219; véase también Cap. V, p. 90).

²⁰ Piénsese en la denuncia del uso del ‘*latinorum*’ por parte de los juristas frente a las personas sencillas y humildes que el nieto de Beccaria, Alessandro Manzoni, hace en su obra maestra, ‘*I promessi sposi*’ (Los prometidos), esbozando la espléndida –e inmortal– figura del abogado ‘*Azzecagarbugli*’, cual típico ejemplo de una visión –sin duda políticamente patológica– de la ley, cuya interpretación

número de los que entiendan y manejen el Código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, pues no hay duda de que la ignorancia y la falta de certeza respecto de las penas favorecen la elocuencia de las pasiones (2014, Cap. V, p. 90).

Es claro como, aunque refiriéndose aquí Beccaria evidentemente al uso –también jurídico– de la lengua latina, común entre los hombres cultos hasta principios del siglo XIX, sus consideraciones tengan un alcance más amplio, dado que pueden tranquilamente ser referidas también a la simple falta de claridad de las leyes, cualquiera que sea su causa (‘Oscuridad de las leyes’ es de hecho el título del Capítulo V de su tratado). Ya en las palabras de Beccaria sobre la necesaria ‘claridad’ y ‘simplicidad’ –o sea ‘accesibilidad’ a la comprensión por parte de todos los hombres– de la ley tenemos por lo tanto expresados *in nuce* –sin tantas palabras, y quizás creadoras de inútiles complicaciones– los modernos principios político-criminales de ‘taxatividad’ y ‘suficiente determinación’ de las incriminaciones. Así como es igualmente clara en Beccaria la necesaria, y por lo tanto lógica, conexión de la ‘claridad’, y en consecuencia de la ‘certeza’, de las leyes –además de su ‘publicidad’– con la eficacia de ‘prevención general’, llamada ‘negativa’, de la amenaza de la pena.

En realidad, la idea de Beccaria –y de los otros iluministas– de prohibir *tout court* la interpretación de las leyes penales, debiendo el juez ser mera ‘boca de la ley’, o sea simple ‘usuario’ de ésta a través del recurso a un ‘silogismo perfecto’²¹, se revela, viéndolo bien, por lo que efectivamente es, o sea una mera ‘sugestión’ si no una verdadera y propia ‘ilusión’ basada sobre una visión que podríamos definir sin duda ‘ingenua’ del principio de la ‘separación de poderes’, por lo cual, de un lado, todo el ‘derecho’ estaría en la ‘ley’ (si no incluso en un ‘código’, al cual se reducirían las fuentes legítimas de derecho), del otro lado, la interpretación judicial iría consecuentemente prohibida justo porque se le reconoce correctamente la naturaleza de verdadera y propia actividad de ‘creación’ del derecho, que en cuanto tal interferiría inevitablemente en la esfera de poder reservada al legislador.

(mejor: individuación o, sin duda, creación) es remitida a una ‘casta’ de ‘señores del derecho’ (según la feliz expresión de Van Caenegem).

²¹ Para una crítica a la idea de silogismo como fundamento epistemológico explicativo del razonamiento judicial, véase Trapani, 2014, *passim*, espec. par. 8.

Es obvio, por tanto, el ‘sueño’ que mueve a los iluministas: si se quiere impedir la arbitrariedad judicial, que deriva de la búsqueda a través de la interpretación del ‘espíritu’ de la ley, causa de la incertidumbre y de la consiguiente desigualdad de los ciudadanos en la aplicación concreta del derecho –arbitrariedad que había caracterizado el *Ancien Régime*–, solo la ‘ley’, previa e igual para todos, puede ‘garantizar’ al ciudadano en sus derechos fundamentales; ley, en particular penal, que, incidiendo a través de la pena sobre el primario derecho de libertad personal del ciudadano, encuentra su legitimación ‘política’ en el hecho de ser la única fuente del derecho ‘legitimada democráticamente’ a través del ‘contrato social’.

4. La interpretación judicial como momento lógicamente ineliminable de la aplicación de la ley. La efectiva naturaleza jurídica de la interpretación como ‘creación’ del derecho. Hacia una teoría ‘realista’ de las fuentes del derecho penal

El ‘rechazo’ de la interpretación de la ley por parte de los Iluministas constituye, viéndolo bien, el fruto de una verdadera y propia contradicción lógica: si en efecto la ‘ley’ es modernamente, por definición, *lex scripta*²², la misma está formada de lo que hoy definiríamos ‘proposiciones’ o ‘enunciados lingüísticos’ (es decir, lingüísticamente, ‘significantes’) los cuales, para que se pueda individuar su ‘significado’, deben ser necesariamente ‘interpretados’. De donde la ‘imposibilidad lógica’ de excluir un momento de ‘interpretación’²³ entre la ley y su aplicación; momento que, en general pero seguramente en vía ‘exclusiva’ en el derecho penal (como de inmediato

²² Precisamente a partir del iluminismo y de la llamada ‘edad de la codificación’ se excluye en efecto, no casualmente, del sistema de las fuentes del derecho penal la ‘costumbre’ –no obstante se trate, viéndolo bien, de la fuente más ‘democrática’, en cuanto obra ‘colectiva’ de la generalidad de los coasociados (o sea ‘hecho normativo’)–, justo porque su ‘procedimiento de detección’, siendo confiado al juez, es más que nunca ‘incierto’. Por eso se entiende fácilmente el gravísimo problema desde el punto de vista de las garantías del individuo que presenta el llamado ‘derecho internacional penal’, que, por el contrario, reconoce entre sus legítimas fuentes de incriminación también la costumbre e, incluso, los –no mejor identificados– “principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones” (como textualmente lo expresa el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

²³ Incluso, en efecto, partiendo de la tradicional concepción de la interpretación como actividad meramente ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’) del significado de la ley (*contra* pero véase *infra*, §§ 6-8), esta debe de todas maneras ser lógicamente entendida como momento –inevitable– de ‘concretización’ (más correctamente: de ‘mayor concretización’) de la ley, aunque manteniéndose su ‘resultado’ normativo ‘general’ o, mejor, ‘generalizable’. Sobre el punto, en particular, véase también *infra*, nota 121.

veremos), es confiado al juez²⁴. Si por lo tanto no es lógicamente posible poner en duda la admisibilidad de la interpretación judicial –ni siquiera con el fin de respetar, cuanto menos formalmente (si no formalísticamente), aquel verdadero y propio ‘axioma político’ representado todavía hoy por el principio de la ‘separación de poderes’–, el problema es entonces ver qué se deba entender, propiamente, por ‘interpretación’: en una palabra, cuál es su ‘naturaleza’ específica y por tanto, correlativamente, el verdadero ‘rol’ y entonces la ‘función’ en el plano jurídico e institucional de la interpretación del juez o, mejor, del juez en la interpretación de la ley.

Antepongo que el discurso que me apresto a desarrollar y las conclusiones a las cuales llegaré no necesariamente deben valer para todo el ordenamiento jurídico (al contrario, lo afirmo desde ya que seguramente no valen). A los fines más limitados del razonamiento que pretendo desarrollar en esta sede, me interesa destacar ante todo como –a diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento jurídico– el llamado ‘derecho penal’, entendido específicamente como el conjunto de ‘normas’ que describen las figuras de delito y las relativas sanciones, presenta la relevante particularidad de no vivir fuera del ‘proceso’. Si de hecho –como está establecido por las Constituciones de todos los Estados democráticos y por los Tratados internacionales– ninguna restricción o limitación de la libertad personal, en cuanto derecho inviolable del hombre, y por lo tanto ante todo ninguna pena criminal, puede ser ‘legítimamente’ dispuesta “si no por acto motivado de la autoridad judicial y en los solos casos y modos [*in primis*, las modalidades procesales] previstos por la ley” (como textualmente recita el art. 13, inciso 1, de la Constitución italiana, disponiendo las garantías de la ‘reserva de jurisdicción’ y de la ‘legalidad del procedimiento’ como aspecto ‘procesal’ del principio de legalidad ‘formal’ de los delitos y las penas), se deduce de eso que la llamada norma penal ‘sustancial’ existe y releva solo al interior del proceso penal. Conclusión que encuentra una significativa confirmación además en el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que subordina la misma ‘legitimidad’ de la pena criminal, como de cualquier otra privación de la libertad

²⁴ Nótese sin embargo como un momento, inevitable, de interpretación corresponda también a la autoridad administrativa, a través de las llamadas ‘circulares ministeriales’, fuentes de normas denominadas ‘internas’ (en cuanto no constitutivas del derecho objetivo), que indican ‘cómo’ una determinada ley deba ser ‘aplicada’ por la administración pública; administración que sin embargo, a diferencia de la jurisdicción, responde siempre a las instancias políticas del pueblo (o en vía directa, como en los sistemas presidenciales, o en vía indirecta, como en los sistemas parlamentarios).

personal, a la circunstancia que esta deba ocurrir “por los motivos y según el procedimiento establecidos por la ley”.

Eso significa en otros términos que, si la comprobación de la responsabilidad penal de un individuo y la aplicación de la relativa sanción (pero hoy también su concreta ejecución) puede ocurrir solo al interior de un proceso penal, o sea que toda la efectiva ‘dinámica’ del derecho penal pasa a través del ‘filtro’ constituido por la ‘mediación’ necesaria del juez (aunque sea, a su vez, condicionada por otros ‘pasos’ institucionales, tales como la iniciativa del fiscal en el impulso antes y en el ejercicio después de la acción penal), se deduce que, no pudiendo faltar nunca, el proceso pertenece a la ‘fisiología’ de la experiencia jurídica penalista (*nullum crimen, nulla poena sine iudicio*)²⁵.

Puesto, entonces, que el derecho penal no vive fuera del proceso debemos preguntarnos cuál es el significado que el llamado acto ‘aplicativo’ del ‘derecho’ penal por parte del ‘juez’ tiene en la ‘individuación’ de la efectiva *regula iuris*, rindiendo por consiguiente no más postergable el reconocimiento del real significado y alcance del acto de ‘interpretación’ judicial cual lógico ‘presupuesto’ de la aplicación de la ‘norma’ penal en el caso concreto. En esta óptica, aparece entonces probablemente fruto de ‘ingenuidad’ pensar en una teoría del derecho y/o de la hermenéutica jurídica ‘unitaria’ para todas las ramas del ordenamiento jurídico²⁶, puesto que, tal vez, es precisamente la diversa ‘funcionalidad’ cumplida por cada sector del ordenamiento

²⁵ Lo que nos permite entonces llegar también a la conclusión, sin duda dogmáticamente más correcta, de que, en realidad, desde el punto de vista normativo, existe un único concepto de ‘norma penal’, que bien se puede definir ‘real’ también desde el punto de vista ‘formal’, norma única en cuanto compuesta por ‘segmentos’ de naturaleza sustancial, procesal y ejecutiva, y de las relativas reglas, que pueden útilmente distinguirse solo por comodidad expositiva y didáctica. En otras palabras, es como si la norma penal, utilizando el esquema kelseniano del ‘juicio hipotético’, fuese formulada así: “Si el hecho de delito A ha sido comprobado según las reglas del proceso penal, el juez debe aplicar la sanción B, que será ejecutada según las modalidades establecidas por las reglas de la ejecución penal”. Sobre el concepto de norma penal ‘real’ véase, en particular, Gallo, 1999, pp. 17-20.

²⁶ La misma ‘norma penal incriminadora’ en sentido estricto (o sea aquella que tiene como potenciales destinatarios a la generalidad de los coasociados) tiene en efecto, según mi criterio, ya desde el punto de vista de la teoría general, y no solo del derecho positivo (como sucede en aquellos ordenamientos que ratifican –tal vez incluso a nivel constitucional, como en Italia– el principio de ‘culpabilidad’ por el hecho o, mejor, de ‘personalidad’ de la responsabilidad penal), una ‘estructura’ diversa –necesariamente ‘imperativa’, dada la función lógicamente ‘preventiva’ de la sanción ‘punitiva’– respecto a las normas de otros sectores del ordenamiento. Se puede en efecto ‘prevenir’, imponiendo una determinada conducta, solo aquello que entra en la esfera de ‘control’ del destinatario de la norma.

jurídico que la determina, consecuentemente, una diversidad de los enfoques metodológicos y de los procedimientos hermenéuticos utilizables (y utilizados); en el sentido, en particular, que no necesariamente los resultados obtenidos en orden al significado de la actividad interpretativa del juez deban ser inevitablemente los mismos en todos los sectores del ordenamiento. En especial, quiero aquí solo destacar que las conclusiones a las cuales pretendo llegar en consideración al rol imprescindible del proceso en la dinámica aplicativa del derecho penal –o sea que las ‘normas’ penales son ‘creadas’ exclusivamente por el juez: *infra*, §§ 6 y 9– me permite no afrontar el problema de teoría general de si la jurisprudencia como única y verdadera, en cuanto efectiva, ‘fuente’ del derecho pueda siempre y de cualquier modo considerarse, para todos los sectores del ordenamiento.

En esta sede, puedo solo individuar algunos puntos de la compleja problemática que gira en torno al concepto de interpretación y a su alcance práctico, que al final son solo motivos de reflexión, además limitados –como he dicho– al interés estricto del penalista (sin ninguna pretensión de ‘generalización’). Como para Beccaria y para Verri, de hecho, el problema de la interpretación (queriéndose mantener fieles a la perspectiva ‘ideológica’ de estos acreditados exponentes del iluminismo) no puede ser aquí afrontado en una perspectiva exclusivamente, o principalmente, hermenéutica o de teoría del lenguaje, como normalmente hacen los juristas (especialmente los teóricos generales) que se ocupan de estos temas, sino ante todo –y diría sobre todo– de filosofía política y política *tout court*, además de constitucional-institucional (o sea teniendo en cuenta la llamada ‘constitución material’, es decir las efectivas ‘relaciones políticas de fuerza’ entre los poderes y las instituciones del Estado)²⁷.

5. La norma de ‘licitud penal’ implícita y la remisión al juez de la misma individuación del entero sistema de los delitos y de las penas y, por consiguiente, del límite entre el ‘lícito’ y el ‘ilícito’ penal

Una aclaración *in limine*. También adhiriendo –como hipótesis de trabajo– a la opinión, aún hoy absolutamente prevalente, según la cual la interpretación consentiría en individuar un sentido ‘objetivo’ del texto legislativo (veremos, sin embargo, que eso no es lógicamente posible: *infra*, §§ 7 y 8), es necesario de todas maneras subrayar como, prescindiendo de cualquier

²⁷ Sobre el concepto de ‘constitución material’ véase, en particular, Mortati, 1998, *passim*.

posición, eventualmente diversa, que debiera asumirse sobre un plano de la teoría general, en relación con el sistema penal no pueda haber alguna duda en orden a la existencia de una llamada norma general ‘exclusiva’ (en el sentido de que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido)²⁸, siendo dicha norma de ‘licitud’ penal positivamente prevista –cuanto menos implícitamente– por precisas disposiciones de ley. En particular, en el ordenamiento italiano, ella se extrae ya a nivel constitucional –una vez más– del citado art. 13 de la Constitución, el cual –después de haber establecido, como principio general, que “la libertad personal es inviolable”– dispone, en vía de ‘excepción’ a dicha regla, que las ‘restricciones’ a la libertad personal son admitidas “en los solos casos y modos previstos por la ley”, estableciendo por lo tanto el principio de ‘taxatividad’²⁹ de las incriminaciones (del cual el principio de ‘fragmentariedad’ constituye un corolario). Esto significa, claramente, que todo lo que no está penalmente prohibido es, siempre, penalmente

²⁸ Seguramente tal norma existe en el sistema penal, tratándose del sector sin duda más relevante del ordenamiento (aunque no sea el único: piénsese también en el sector del ‘derecho punitivo administrativo’) donde rige, al menos ‘formalmente’, el principio de ‘estricta legalidad’ o ‘taxatividad’ (cuanto menos en relación con las incriminaciones, mientras se discute sobre la admisibilidad de la analogía llamada *in bonam partem*). En sentido contrario, en general, véase Kelsen (1994, pp. 107-111), quien parece excluir la posibilidad de que un ‘permiso’ en sentido meramente ‘negativo’ –que se tendría cuando un comportamiento no es jurídicamente ni prohibido ni impuesto– pueda constituir función de cualquier norma; lo cual no sería válido, viceversa, para una eventual regla en la cual se estableciese que “todo aquello que no está expresamente permitido está prohibido”, aunque el mismo Kelsen reconoce que “esto puede ser pensado teóricamente, pero no es aplicable en la práctica” (*idem*, p. 110).

²⁹ Principio de ‘taxatividad’ confirmado implícitamente, siempre en el ámbito constitucional, según su *ratio* de garantía, por el art. 25, inciso 2, de la Constitución italiana (al tenor del cual “nadie puede ser punido sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de la comisión del hecho”) y consignado en la legislación ordinaria por el art. 1 del Código Penal italiano, según el cual “nadie puede ser punido por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley, ni con penas que no estén por ella establecidas”. Con referencia, viceversa, al derecho punitivo administrativo, la ‘garantía’ de ‘taxatividad’ de los ilícitos administrativos no parece sin embargo gozar, al menos según la opinión de la doctrina italiana mayoritaria, de la ‘cobertura’ constitucional. Desde un punto de vista de teoría general es necesario, a su vez, subrayar como el principio de ‘taxatividad’ debe ser netamente distinto –lo que sin embargo a menudo no ocurre– del principio de ‘tipicidad’ o sea de ‘supuesto de hecho’: en efecto, todo lo que está, de cualquier modo, ‘previsto’ por la ley, incluso con fórmulas ‘abiertas’ o hasta vagas o indeterminadas, es en todo caso siempre ‘típico’ desde el punto de vista normativo. De donde, entre otras cosas, la equivocidad de la fórmula comúnmente usada por los civilistas de ‘atipicidad del ilícito’ con referencia a la cláusula general de la responsabilidad civil, de derivación francesa, según la cual (como recita, por ejemplo, el art. 2043 del Código Civil italiano) “Cualquier hecho doloso o culposo que ocasione a otros un daño injusto, obliga a quien haya cometido el hecho a resarcir el daño”, puesto que en éste caso se trata, en realidad, de falta de ‘taxatividad’ de la formulación legislativa.

lícito, precisamente en virtud de una norma general ‘exclusiva’ de ‘licitud’ penal implícita³⁰.

Si por lo tanto las incriminaciones, incidiendo sobre la libertad personal, constituyen verdaderas y propias ‘excepciones’ a la ‘regla general’ de la ‘inviolabilidad’ de la libertad personal, por lo cual todo el derecho penal debería considerarse ‘derecho de excepción’, el problema es, una vez más, de ‘interpretación’, puesto que corresponderá de todas maneras siempre al juez establecer cuáles son los solos casos de restricción de la libertad personal previstos por la ley; con la consecuencia de que es necesario entonces preguntarse, en primer lugar, si en derecho penal está prohibida solo la analogía (al menos aquella *in malam partem*) o también la interpretación ‘extensiva’, como debería lógicamente ser, una vez se reconozca que las normas penales incriminadoras son, propiamente, normas ‘excepcionales’, de interpretarse por tanto en sentido estrictamente ‘literal’³¹ (y siempre, además, que sea, de raíz, teóricamente hipotizable ya sobre el plano lógico la misma distinción entre analogía e interpretación extensiva³²). De hecho, si –como lo considera

³⁰ Estamos aquí en presencia de una verdadera y propia ‘norma’, autónoma, de ‘licitud penal’, no de una situación de mera ‘indiferencia’ jurídica. En el sector penal del ordenamiento en efecto no puede, lógicamente, haber una zona de ‘indiferencia’ normativo-jurídica, precisamente a causa de la existencia, (cuanto menos) implícita, de la norma general ‘exclusiva’. Esto prescindiendo de la respuesta a dar, en una perspectiva de teoría general, a la cuestión sobre la admisibilidad de un zona de ‘indiferencia jurídica’ entre lo lícito y lo ilícito: en sentido favorable, aunque con argumentaciones diferentes, véase, entre otros, Kaufmann, 1999, pp. 405-419 (quien habla, en particular justo con respecto al sistema penal, de ‘espacio libre de derecho’ en el sentido de ‘no valorado’ por el derecho) y Kelsen, 1994, pp. 107-111 (quien distingue el ‘permiso’ en sentido ‘positivo’ de aquel simplemente ‘negativo’ como sinónimo de conducta ‘libre’, en cuanto no prohibida ni impuesta: véase también *supra*, nota 28). Respecto a las consecuencias que la conclusión sobre la existencia de una norma general de ‘licitud penal’ implícita comporta en la específica perspectiva de la sucesión de leyes penales en el tiempo, véase Trapani, 2011, espec. p. 490 ss. (este trabajo se encuentra en proceso de publicación en lengua española).

³¹ A este propósito, no me parece ni siquiera casual que, en las disposiciones las cuales en todos los ordenamientos jurídicos se ocupan de la interpretación de las leyes y de sus límites, las normas ‘penales’ sean generalmente puestas al lado, en sede de disciplina, de las normas ‘excepcionales’, como ocurre por ejemplo en el sistema italiano con el art. 14 de las Disposiciones sobre la ley en general, titulado ‘Aplicación de las leyes penales y excepcionales’, al tenor del cual “Las leyes penales y aquellas que son excepción a reglas generales o a otras leyes no se aplican más allá de los casos y tiempos en ellas considerados”; lo que me parece confirmar, ya a nivel normativo, como las primeras sean solo una ‘especie’, tal vez la más importante, de las segundas. Y no es a su vez ni siquiera casual que el artículo 14 de las Disposiciones sobre la ley en general utilice una fórmula prácticamente idéntica a aquella del art. 13 de la Constitución italiana.

³² Subraya Fiandaca como una eventual aceptación del “planteamiento teórico, según el cual el mismo procedimiento interpretativo tiene naturaleza sustancialmente analógica, por lo cual entre interpretación extensiva y analogía puede haber una diferencia no cualitativa, sino de grado”, comporta, como lógica consecuencia, que “la prohibición de analogía no constituye más un seguro

la doctrina dominante pero sobre todo, y eso es lo que prácticamente aquí interesa, la jurisprudencia— esta ‘fórmula lingüística’ debiera ser entendida (es decir ‘interpretada’) como indicación de la mera prohibición de ‘analogía’, considerándose por tanto admisible la llamada interpretación ‘extensiva’ de la ‘ley’ penal, ‘optándose’ en consecuencia por una interpretación ‘restrictiva’ de los derechos de libertad³³, al final —también admitiendo que la interpretación tenga naturaleza meramente ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’, o sea de ‘reconocimiento’) del significado de la ley— el mismo ‘límite’ entre lo ‘lícito’ y lo ‘ilícito’ penal, es decir el efectivo significado normativo del entero sistema penal, sería en todo caso remitido, ya de raíz, al poder ‘interpretativo’ del juez, o sea, en sustancia, a su absoluto ‘arbitrio’³⁴.

6. La naturaleza creativa de la interpretación judicial. La distinción conceptual entre ‘disposición’ y ‘norma’. El juez como único creador de la norma penal

La idea —todavía fuertemente difundida— según la cual el juez, al interpretar la ‘ley’, no ‘crea’ derecho —en particular, impidiendo ver en la jurisprudencia la única, verdadera, ‘fuente’ de las normas penales incriminadoras— depende, en mi criterio, de la confusión, todavía hoy muy común en aquella parte de la doctrina no suficientemente entrenada en el uso de conceptos de teoría general, entre ‘norma’ y ‘disposición’. De hecho, la ‘norma’ —conviene subrayarlo también en esta sede— no coincide en absoluto con el enunciado lingüístico (= conjunto de palabras) contenido en el documento en el cual se materializa la ley escrita sino que es, por su naturaleza, solo el ‘resultado’ de la actividad (así llamada) ‘interpretativa’ del juez, que tiene por objeto uno o —en general— más enunciados lingüísticos, es decir, propiamente ‘disposiciones’ de ley; norma que, a su vez, constituye el ‘presupuesto’ lógico de la ‘decisión’

baluarte, idóneo a fijar desde afuera los confines de las interpretaciones admisibles e inadmisibles”, reduciéndose “en realidad a un simple ‘argumento’” (Ermeneutica, 2002, p. 38). El mismo autor hace luego notar, en particular, cómo “la obligación de interpretar restrictivamente la ley penal —cuando por aventura fuese introducida en el ordenamiento— no podría no ser hecha objeto, ella misma, de interpretación” (*idem*, p. 36).

³³ Es casi superfluo subrayar como ‘esfera de la libertad personal’ y ‘ámbito aplicativo de las normas penales incriminadoras’ sean términos inversamente proporcionales, en el sentido que entre más ‘se amplíe’ el ámbito aplicativo de las normas incriminadoras más, correlativamente, ‘se restringe’ la esfera de libertad individual.

³⁴ Juez que, quizás, queriendo en todo caso garantizar el respeto ‘formal’, o mejor: ‘aparente’, a la ley, podría siempre afirmar, *ex post*, que un cierto resultado ‘interpretativo’ se debe calificar como interpretación extensiva, legítima, o analogía, prohibida, precisamente sobre la base del resultado práctico que se propone alcanzar.

del caso concreto. Dicha confusión que impide ver la ‘realidad’ normativa de las ‘fuentes’ es particularmente grave, puesto que cualquier ordenamiento jurídico –aunque ‘parcial’, como el penal– se caracteriza justamente por eso que es, en la realidad, el ‘sistema’ efectivo de sus ‘fuentes’ de producción del derecho (o más correctamente: de las ‘normas’ que lo constituyen)³⁵.

Ahora bien, la idea misma de la ‘interpretación’ de la ley presupone de todas maneras, por definición, la existencia de una ‘disposición de ley’ previamente introducida en el ordenamiento por el legislador, o sea de un enunciado lingüístico normativo a interpretar. Haciendo referencia a la interpretación, esto es, el juez, por lo menos a nivel ‘declamatorio’, reconoce la existencia de un *quid* proveniente del ‘legislador’, o sea de un órgano ‘excéntrico’ y distinto respecto a quien debe decidir en la situación concreta y que, de algún modo, viene –cuanto menos formalmente (mejor dicho: aparentemente)– a limitar su poder de decisión³⁶.

Nótese, sin embargo, como los enunciados lingüísticos constitutivos de las ‘disposiciones’ de ‘ley’ antes de la interpretación son solo un conjunto de ‘signos’ o sea de ‘letras muertas’. Cualquier texto escrito, fuera de la interpretación, es una realidad ‘vacía’³⁷: en efecto, un ‘texto’ de ley –como

³⁵ Mi teoría de las ‘fuentes’ de las normas penales, de por sí de naturaleza ‘descriptiva’ de los ‘lugares’ del ordenamiento jurídico penal en los cuales se producen las ‘normas’ efectivamente ‘vinculantes’, es además ‘prescriptiva’, en cuanto deriva de aquellas normas constitucionales de ‘organización’ (como la que de hecho, en la realidad ‘operativa’ del sistema –y por lo tanto en la ‘práctica’– constitucional, se extrae de la ‘disposición’ del art. 13 de la Constitución italiana), que atribuyen exclusivamente al juez el poder de ‘interpretar’ en modo ‘vinculante’ (*scilicet*: ‘obligatorio’ para los coasociados), en cuanto ‘coactivo’, las ‘disposiciones’ contenidas en los actos normativos ‘formales’. Art. 13 de la Constitución italiana que, por tanto, contiene una verdadera y propia ‘norma sobre la producción’ del derecho, en particular del derecho penal.

³⁶ Sería diferente el discurso si (como me parece ocurre hoy en Colombia después de la sentencia de la Corte Suprema del 10 de abril de 2013, reproducida en *Cuadernos de Derecho penal*, n. 9, Universidad Sergio Arboleda, 2013, pp. 143-179, con los comentarios fuertemente –y justamente– críticos de Fernando Velásquez y Christian Wolffhügel) se afirmase, ya a nivel normativo, que el principio de legalidad es un mero ‘formalismo’, como tal de todas formas ‘superable’ por el juez, y que la jurisprudencia (o sea el derecho creado por los jueces, cuanto menos de las Cortes Supremas) es, por lo tanto, una verdadera y propia fuente ‘formal’ de derecho ‘superior’ incluso a la ley del Parlamento. Pero viéndolo bien, aun así razonando, no habría nada nuevo bajo el sol: de hecho estaríamos en presencia de un reconocimiento explícito ya a nivel normativo, y por lo tanto de un retorno, al llamado ‘derecho libre’ (aunque hoy sobre la base de presupuestos políticos e ideológicos diversos del pasado).

³⁷ Nótese como el mismo discurso puede ser repetido también para aquellos ‘signos’ lingüísticos constitutivos de una obra literaria o poética o bien representativos de notas musicales: ‘signos’ que viven –o sea adquieren ‘sentido’– solo a través, precisamente, de la interpretación que de ellos hace cada lector o músico, quien extraerá de los mismos ‘experiencias’ diversas de acuerdo a su personal modo de ver y a las sensaciones que le surgen de la ‘vivificación’ de aquellos signos, y que pueden

cualquier texto escrito constituido de enunciados lingüísticos (o incluso cualquier comportamiento humano)— ‘vive’, es decir ‘existe’, solo en cuanto ‘interpretado’: antes de la interpretación hay solo una ‘potencialidad’ de ‘significados’ (plausibles o no, no importa). Transfiriendo estas consideraciones al plano jurídico, eso significa también que la ‘norma’, no existiendo antes —e independientemente— de la interpretación del texto legislativo del cual se extrae³⁸, vive solo en el momento de su concreta aplicación³⁹. Dicho de otra manera: que la ‘norma’ sea el resultado último de la interpretación, encuentra confirmación también en la consideración de que un ‘texto legislativo’ escrito, antes de su ‘interpretación’ en función de su ‘aplicación’ (que, recuérdese, son aspectos ‘inescindibles’ en el momento judicial de la dinámica jurídica; a diferencia de la interpretación de la doctrina, directamente fin a sí misma)⁴⁰, es un *quid* que, en el plano de la concreta experiencia jurídica, simplemente no existe como sucede con los ‘documentos’ de un derecho ya no vigente. Antes de la interpretación judicial, eso que existe no es la ‘norma’, regla de conducta, sino solo un ‘documento’ escrito, ‘precipitado’ de una cierta ‘voluntad’, aún no actuada (y por lo tanto meramente ‘potencial’), del titular formal del poder político, o sea del Parlamento⁴¹.

7. El problema de si existe una sola interpretación correcta. La pluralidad de significados normativos extraíbles de un mismo enunciado lingüístico legislativo

Ahora bien, incluso en caso de admitir que la norma constituya solo el ‘resultado de sentido’, o sea el ‘significado’, de la actividad interpretativa de la ‘ley’ por parte del juez, el primer problema consiste en preguntarse

ser diferentes (también) según las circunstancias contingentes en las cuales se encuentra al hacer la operación interpretativa. Lo que confirma como cualquier tipo de interpretación, que es un concepto general, se traduce en actividad eminentemente o, mejor, exclusivamente ‘creativa’.

³⁸ La idea según la cual la ‘norma’ —al menos aquella penal— es exclusivamente el resultado de una actividad interpretativa del juez puede también ser considerada expresión, en el campo del derecho, de la emersión en la moderna filosofía hermenéutica —o por lo menos en una de sus más importantes declinaciones— de la concepción que la ‘realidad’ —el ‘ser’— es ‘lo que se comprende’, el resultado de la actividad de comprender, o sea de la interpretación. Y también la ‘norma’, como ‘ente jurídico’, vista en su ‘existencia’, es el resultado de la interpretación de un *quid* —la ‘ley’ escrita— que solo a través de la interpretación ‘existe’ en cuanto ‘objeto de conocimiento’.

³⁹ “Preciosas intuiciones están contenidas en el conocido texto de Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, *passim*: las normas sustanciales configuran el simple proyecto de un futuro ordenamiento jurídico, destinado a instaurarse con la decisión judicial” (Cordero, 1959, p. 113 nota 132).

⁴⁰ Sobre el diverso ‘valor’ de las dos ‘interpretaciones’ véase *infra*, § 9.

⁴¹ Lo que es fácilmente verificable en el caso, por ejemplo, de leyes que por los más diversos motivos no encuentran jamás aplicación práctica: ellas no fungen de fuentes, efectivas, de reglas de conducta.

si a un mismo texto legislativo corresponde siempre una y solo una interpretación jurídicamente ‘correcta’, o sea ‘exacta’, y, por lo tanto, al final, una sola ‘norma’ como ‘significado’ de aquel texto. Por lo cual la actividad interpretativa del juez tendría naturaleza y función meramente ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’) de un ‘derecho’ ya existente en la ‘ley’ en cuanto ya ‘creado’ por aquellos órganos, como el Parlamento, que, según las meta-normas sobre la producción normativa contenidas en una determinada Constitución, son en vía exclusiva legitimados para producirlo (concepción ‘positivista’ del derecho). Derecho de fuente legislativa que el juez tendría entonces la exclusiva función de ‘descubrir’ y consecuentemente ‘declarar’ mediante proposiciones lingüísticas asertivas (X es debido) a través de un razonamiento de tipo rigurosamente ‘objetivo’.

En esta dirección parece que, en efecto, se mueven las disposiciones de los códigos de procedimiento cuando hacen referencia, entre los motivos del recurso de casación, a la “errónea aplicación de la ley” (como por ejemplo lo expresa, textualmente, el art. 606, inciso 1, literal *b*, del Código de Procedimiento Penal italiano): por lo tanto, con la consecuencia de que, hablándose explícitamente de ‘error’, y siendo el error, por definición, una ‘falsa representación de la realidad’ (en este caso ‘normativa’), se debería entonces lógicamente inferir que el mismo ordenamiento jurídico presupone la existencia de una sola interpretación ‘correcta’ en cuanto ‘exacta’, capaz entonces de ‘reconocer’ la única ‘verdadera’ norma contenida en la ley y querida por el legislador. Del mismo modo, las normas del ordenamiento judicial hablan, a propósito de las tareas institucionales atribuidas a la Corte de Casación, de asegurar “la exacta observancia y la uniforme interpretación de la ley” (así por ejemplo el art. 65 del Ordenamiento judicial italiano).

Prescindamos aun así en esta sede de la acreditada opinión de Kelsen, según la cual las calificaciones de ‘verdadero’ o de ‘falso’, en cuanto predicados solo de enunciados lingüísticos ‘descriptivos’ o ‘asertivos’ de una realidad (que podría ser, nótese, también normativa), y no ‘prescriptivos’, perteneciendo al mundo del ‘ser’ no tendrían sentido en el mundo del derecho, o sea del ‘deber ser’, por el cual debería valer solo la pareja conceptual ‘validez-invalidez’ (1994, espec. p. 168 ss.).

En realidad, es necesario subrayar como, incluso cuando el juez intenta justificar su decisión a través de procesos argumentativos en lo posible

‘racionalmente aceptables’, y por lo tanto ‘plausibles’, no existe lógicamente, en la búsqueda del significado normativo de un texto de ley, la posibilidad de recurrir a un procedimiento meramente ‘cognitivo’ rigurosamente ‘controlable’ según parámetros exclusivamente ‘objetivos’ y suficientemente ‘unívocos’ de ‘reconocimiento’, en particular de tipo lógico-deductivo pero también de lógica del lenguaje o de la denominada argumentación ‘persuasiva’, puesto que, como la experiencia enseña, el uso de los mismos criterios lógicos que están en la base de cualquiera argumentación racional o el recurso a los mismos cánones interpretativos de la ley escrita, o sea el mismo ‘método’, puede llevar –y en general lleva (sea en doctrina que en jurisprudencia)– a conclusiones ‘interpretativas’ diversas, y por lo tanto a una determinada ‘elección’, antes que a otra; elección entonces ‘discrecional’ en cuanto fundada sobre una personal y por lo tanto incuestionable ‘evaluación’ del intérprete entre diversos ‘significados’ que se considera ‘posible’ atribuir a un texto legislativo, opciones, por hipótesis, todas igualmente ‘plausibles’ desde el punto de vista ‘racional’.

Dicho de otra manera: de un cierto resultado interpretativo se puede solo afirmar por parte de cada intérprete, su mayor o menor ‘aproximación’ respecto a un ‘razonablemente creíble’ ‘significado objetivo’ (que se presume –o, mejor, se finge– como existente) del texto de ley en cuanto ‘racionalmente aceptable’ y, por ende, su ‘preferencia’ respecto a otros posibles resultados interpretativos. Pero se trata de todas maneras de una evaluación personal que por sí misma no puede excluir otras interpretaciones, todas siempre racionalmente plausibles⁴². La ‘lógicidad’ y por lo tanto la ‘racionalidad’ es en

⁴² Dice Kelsen (aunque partiendo de la idea, tradicional, según la cual la norma general y abstracta está ya contenida en la ley): “Que una sentencia judicial esté fundada en la ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es *una* de las normas individuales –y no *la* norma individual– que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general. Con todo, cree la jurisprudencia tradicional que la interpretación no debe limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal. La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar solo *una* decisión correcta, y que la ‘corrección’ jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si solo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho solo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo. [...] *Solo que, desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede*

efecto solo un predicado del ‘proceso argumentativo’, es decir del ‘modelo’ de ‘razonamiento’ a través del cual el juez llega a la decisión y, aún antes, a la individuación a través de la interpretación de la norma a aplicar, predicado que evidencia solo la interna ‘coherencia’ del llamado *judicial reasoning*, consintiendo su ‘controlabilidad’, pero no condiciona a su vez, lógicamente y por lo tanto inevitablemente, la ‘unicidad’ del resultado interpretativo que pueda derivarse. En otras palabras, la ‘controlabilidad’ puede tener por objeto solo la ‘lógicidad interna’ del procedimiento hermenéutico, no la ‘congruencia’ entre el resultado de la actividad interpretativa y la ‘letra’ de la ley.

8. Confirmación de la tesis de una pluralidad de ‘normas’ como posible resultado interpretativo de un mismo texto de ley. El reconocimiento del método ‘teleológico’ y la falta de límites efectivos a la interpretación. Función ‘constitutiva’ y no ‘declarativa’ de la interpretación

La conclusión de la lógica admisibilidad de una pluralidad de ‘significados’ diversos descendientes de la interpretación de un mismo texto normativo (y por lo tanto de una ‘pluralidad de normas’) encuentra pues confirmación en la idea –hoy dominante entre los juristas teóricos y prácticos, especialmente entre los penalistas, a pesar de las formales profesiones de ‘fidelidad’ a la concepción tradicional de la interpretación como actividad ‘declarativa’ del contenido de la voluntad legislativa expresada en el acto-documento ‘ley’– que el único método interpretativo realmente funcional a las exigencias del derecho como reglamentación práctica de ciertos fenómenos sea aquel ‘teleológico’ o de la ‘*ratio legis*’; por lo cual –se dice– el ‘contenido’ de la ‘norma’ podría variar en el tiempo teniendo en cuenta las exigencias que en cada caso se trata concretamente de satisfacer, en consecuencia de la ‘función’ que se puede suponer propia de la disposición de ley, a través precisamente de su

*preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método [scilicet: interpretativo] –caracterizable juridicopositivamente– según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’. [...] Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto [cursivas mías]” (1997, p. 352). Aunque es necesario subrayar como para Kelsen la actividad interpretativa del juez sirve solo para individuar –en el ámbito de una construcción ‘escalonada’ del ordenamiento jurídico– la norma *individual y concreta* aplicable en sede de decisión al interior de un ‘marco’ general y abstracto contenido de todas maneras en la norma de fuente legislativa; lo que, sin embargo, no toca las consideraciones hechas por el insigne autor sobre la naturaleza y el significado de la interpretación judicial.*

interpretación⁴³. Aparte del error de teoría general de considerar que pueda modificarse el ‘contenido’ de una norma sin contextualmente admitir la existencia de una norma ‘nueva’ (Kelsen, 1997, espec. p. 23 ss.), es evidente como el ‘método teleológico’ aleja cada vez más, también desde el punto de vista teórico, la actividad interpretativa de un –presunto– rol meramente ‘re-cognitivo’ (es decir: de ‘reconocimiento’) de un derecho existente asignándole viceversa un rol eminentemente ‘creativo’ del ordenamiento jurídico. Salvo luego intentar individuar, por parte de los mismos juristas, un –lógicamente imposible– ‘punto de equilibrio’ entre el respeto por parte del juez de la ‘ley’ (formal) y el ‘espacio’ mayor o menor de ‘creatividad’ que se debe reconocer a su actividad ‘interpretativa’.

Es igualmente claro en efecto que quien admite que la misma ‘norma’ (mejor, en mi opinión: ‘disposición’) ofrezca de todas maneras un ‘abanico’ de posibles ‘interpretaciones’ –diacrónicas o sincrónicas no importa–, todas igualmente ‘plausibles’⁴⁴, en realidad termina por negar de raíz la misma posibilidad lógica de hablar efectivamente, a propósito de la interpretación judicial, de una actividad fundada sobre bases epistemológicas exclusivamente ‘re-cognitivas’ (= ‘re-cognoscitivas’) y por lo tanto ‘declarativas’ de un derecho de todos modos ya existente⁴⁵. En efecto, si –por hipótesis– más son las interpretaciones igualmente plausibles del mismo texto no siendo, a su vez, contenido en la ‘ley’ algún ‘criterio normativo’ –y por lo tanto ‘formalmente’ vinculante para el intérprete– para individuar en modo unívoco cuál entre todas las abstractas posibilidades interpretativas, racionalmente plausibles, sería aquella ‘correcta’ para la solución del caso concreto⁴⁶ (aunque admitido –y no concedido– que eso sea teóricamente hipotizable, dado que cualquier

⁴³ Así, entre otros, en la doctrina penal italiana, últimamente Pagliaro, 2007, p. 17. Véase también *infra*, nota 134.

⁴⁴ Véase por ejemplo Ferrajoli, 2001, espec. p. 38 ss., p. 54 ss., p. 108 s., p. 117 ss., aunque hablando de función ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’) de la interpretación de la ley (véase también *infra*, nota 45), y Kelsen, 1997, p. 352 (*supra*, nota 42).

⁴⁵ Véase Ross, 2007, p. 383 ss. *passim*. De ineliminable momento ‘discrecional’ en la interpretación de la ley, aunque partiendo desde una perspectiva epistemológica ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’) de las normas habla, por el contrario, Ferrajoli, 2001, p. 38 ss. y cap. III, *passim*.

⁴⁶ Kelsen, 1997, p. 352 (*supra*, nota 42); aunque el autor afirma que el juez puede solo ‘crear’ una norma ‘individual’, así sea en el ‘marco’ de las ‘posibilidades interpretativas’ de la norma ‘general’ contenida en la ley, interpretación de la ley vista en todo caso exactamente como un acto de ‘voluntad’ y, por lo tanto, en el fondo como un acto fundamentalmente ‘político’ de ‘creación’ normativa (aunque, repítase, de una norma individual: “los tribunales aplican las normas jurídicas generales al dictar normas individuales, determinadas en su contenido por las normas generales, que estatuyen una sanción concreta, sea la ejecución forzosa civil, sea una pena”: *idem*, p. 246).

eventual criterio contenido en la ley sería, a su vez, objeto de interpretación, abriéndose así un círculo vicioso)⁴⁷, es entonces imposible superar el ‘hiato’ (= solución de continuidad) entre norma abstracta y decisión concreta sobre bases exclusivamente lógico-deductivas (o según otro criterio, también de lógica diversa como la lógica del lenguaje, del cual se reconozca de todas formas la capacidad de ‘objetivizar’ la interpretación judicial), debiéndose de todas maneras admitir inevitablemente una ‘elección’ por parte del juez entre las posibles opciones, elección en todo caso ‘discrecional’ (o más correctamente: arbitraria) en cuanto fundada sobre su subjetiva, y por lo tanto incuestionable, ‘evaluación’, de naturaleza entonces eminentemente ‘política’ (*infra*, § 15)⁴⁸.

El enunciado lingüístico con el cual se expresa el resultado de la actividad interpretativa, es decir la ‘norma’, tiene entonces naturaleza ‘constitutiva’ y no meramente ‘declarativa’ en cuanto resultado de un procedimiento ‘decisional’ (y no ‘cognitivo’), por su naturaleza ‘discrecional’: lo que confirma la naturaleza exclusivamente (y no solo parcialmente) ‘creativa’ de la interpretación (jurídica, pero no solo), excluyendo, al mismo tiempo, la misma practicabilidad y sostenibilidad desde el punto de vista epistemológico del ‘silogismo judicial’ (no por casualidad, viceversa, puesto por los iluministas

⁴⁷ El ‘círculo hermenéutico’ se manifiesta de manera patente en aquellos ordenamientos que (como por ejemplo el italiano) conocen disposiciones legislativas contentivas de las ‘reglas’ que deben presidir la ‘interpretación de la ley’: si en efecto, por un lado, la ‘interpretación’ es lo que permite extraer el ‘sentido’ del ‘acto de voluntad’ contenido en el ‘texto’ legislativo, es decir la ‘norma’; por otro lado, siendo la misma interpretación un “hecho normativamente gobernado” (= calificado) por las disposiciones legislativas que contienen las ‘reglas sobre la interpretación’, tales disposiciones como todos los enunciados lingüísticos normativos están también ellas, a su vez, sujetas a ‘interpretación’ (sobre el punto véase Paresce, 1975, p. 324 ss.). Con la inevitable consecuencia de que dichas reglas, de hecho, no pueden de todas maneras cumplir alguna función de ‘límite’ de la actividad creativa del juez: piénsese, como ejemplo paradigmático, en las teorías ‘subjetiva’ y ‘objetiva’ surgidas en relación con el significado de atribuir a la locución “intención del legislador” (contenida, en el ordenamiento italiano, en el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general: *infra*, nota 55), es decir, si es referible a la voluntad del legislador ‘histórico’ o a la ‘*intention legis*’ como voluntad ‘objetivada’ en la ley, o sea a la *ratio legis* (*supra*, nota 17). Sobre las teorías subjetiva y objetiva de la interpretación véase, entre otros, Antolisei, 1960, pp. 67-68.

⁴⁸ Véase Ross, 2007, espec. p. 403 ss. Agrega Kelsen, con referencia específica a la actividad interpretativa de la doctrina pero con consideraciones válidas también –diría: *a fortiori*– para la interpretación del juez, que “el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única ‘correcta’ no cumple[n] una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política” (1997, p. 356).

a la base de la decisión del juez, como su modelo explicativo y esquema operativo)⁴⁹.

La idea según la cual de un mismo texto legislativo se pueden extraer lógicamente en vía interpretativa más ‘normas’ de contenido ‘diferente’ encuentra, por otra parte, una ulterior y significativa confirmación en el hecho que desde siempre cualquier Corte Constitucional, en sede de decisión sobre la constitucionalidad de una norma, basa la tipología de las denominadas sentencias ‘interpretativas’ (tanto de aprobación como de rechazo) precisamente sobre el presupuesto lógico que a una misma ‘disposición legislativa’ pueden corresponder, contemporaneamente, más ‘normas’, y por lo tanto la disposición ser conforme con la Constitución o no en los límites en los cuales se le da una cierta ‘interpretación’ y no otra (por ejemplo, dadas las normas *x, y, z*, como posible contenido de la disposición *A*, solo dando a la disposición *A* el significado correspondiente a la norma *x* la misma disposición resulta compatible con la Constitución y por lo tanto legítima, o, al contrario, incompatible y en consecuencia ilegítima)⁵⁰.

En conclusión, a través de la interpretación en realidad el juez no ‘acoge’ un ‘sentido objetivo’ que pre-existiría en la ‘disposición de ley’, sino que atribuye por primera vez a ella un ‘sentido’, ‘creando’ la ‘norma’.

Pero si, como hemos visto, se debe reconocer la lógica –y por lo tanto inevitable– admisibilidad de una pluralidad de ‘significados’ diversos descendientes de la interpretación de un mismo texto normativo, y por consiguiente de una pluralidad de ‘normas’ de contenido diferente, es necesario tener en cuenta, de manera realista, no solo que cada juez crea ‘su’ norma en el momento en el cual la aplica, sino también que, al final de la ‘cadena’ legislador-juez, quien, de hecho, tiene la ‘última palabra’ es, en la ‘dinámica’ de la experiencia penalista, el juez. Esto también con referencia a la misma ‘racionalidad’ del proceso argumentativo a través del cual cada juez llega a aquella cierta interpretación, puesto que su ‘control’ permanece –al menos en los actuales sistemas de *civil law*– en todo caso al interior de la misma corporación judicial: al final, en efecto, quien decide si una determinada interpretación, entre todas aquellas igualmente ‘posibles’, se mantiene además

⁴⁹ Sobre la insostenibilidad, ya desde el punto de vista epistemológico, del silogismo judicial véase Trapani, 2014, espec. par. 8 (*supra*, nota 21).

⁵⁰ Entre otros, en la doctrina constitucionalista italiana, acreditadamente Crisafulli, 1974, p. 153 ss.

dentro del ‘marco’ de aquellas ‘racionalmente plausibles’ es siempre en todo caso solo un juez: o aquel que emitió el fallo o aquel que ha controlado su intrínseca ‘racionalidad’ (véase *infra*, § 16)⁵¹.

En otros términos, es la ‘interpretación’ que cada juez considera dar a un determinado texto normativo la que constituye la ‘base vinculante’, o sea la ‘regla a aplicar’ al caso concretamente sometido a su cognición. Pero, si la ‘ley’, de hecho, no puede de por sí poner algún ‘límite’ efectivo a la discrecionalidad interpretativa del juez⁵², no preexistiendo objetivamente la norma a la interpretación, debemos consecuentemente admitir que el juez, viéndolo bien, ‘crea’ normas ‘válidas’ y, por lo tanto, jurídicamente ‘existentes’, incluso cuando llega a ellas a través de una opción interpretativa ni siquiera fundada sobre una lectura ‘racional’ del texto de ley, como ocurre con las llamadas interpretaciones *praeter legem*. Pero lo mismo debe decirse también frente a la más patente interpretación *contra legem*, o sea contraria incluso a un –eventual– clarísimo tenor literal de la disposición (situación que más bien, para los antiguos, no habría ni siquiera debido dar lugar a una actividad interpretativa como lo confirma la máxima notoria *in claris non fit interpretatio*), y aun cuando el resultado de la interpretación constituya el fruto de una manifiesta arbitrariedad del juez, dado que frente a esta evidente ‘patología’ del sistema, no existen actualmente remedios efectivos en cuanto puestos a disposición de órganos ‘extraños’ a la corporación judicial⁵³.

⁵¹ Incluso si el juez –y es este el punto más importante– va ‘más allá’ del ‘marco’ de ‘posibilidades interpretativas’ ‘racionalmente plausibles’, su ‘elección’, cuando se convierte en ‘cosa juzgada’, da en todo caso vida a una ‘norma’ cuya ‘validez’ no puede ser más objeto de discusión (salvo remedios, precisamente, ‘extraordinarios’). Sobre este punto véase Kelsen, 1997, p. 273 ss. (véase también *infra*, nota 52).

⁵² Nótese como el mismo Kelsen, después de haber afirmado que la actividad interpretativa del juez –en la creación a través de un acto de voluntad de la ‘norma individual’ concretamente aplicable (actividad interpretativa, obsérvese, por el mismo autor definida como ‘interpretación auténtica’ en cuanto precisamente ‘creativa’ del derecho: *infra*, nota 61)– debe moverse en el arco de posibilidades contenidas en el ‘marco’ de la ley general y abstracta, termina sin embargo por llegar a la conclusión que el juez puede crear derecho ‘válido’ incluso si va ‘fuera’ de los ‘límites’ de dicho ‘marco’: “Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que *también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable* [cursivas mías]” (Kelsen, 1997, pp. 354-355; véase también p. 273 ss. y *supra*, nota 51).

⁵³ Sobre los ‘remedios’ posibles (teóricamente hipotizables), en función de garantía de las libertades individuales, véase *infra*, § 17.

9. El texto de ley como documento escrito que contiene meras ‘expectativas de normas’. Diversos tipos de interpretación según los sujetos que interpretan y su diverso valor jurídico

Antes de la interpretación por parte del juez⁵⁴, el texto de ley contiene solo meras ‘propuestas de comportamiento’ o, mejor, solo una ‘potencialidad’ de significados normativos, es decir meras ‘expectativas de normas’ por parte de los coasociados (o de aquellos sujetos particularmente cualificados desde el punto de vista del conocimiento jurídico que constituyen la denominada ‘doctrina’).

Se puede, entonces, decir que la ‘ley’ representa solo una ‘indicación’ de naturaleza puramente ‘política’ de la ‘voluntad’ (‘política’) del legislador ‘histórico’ (la ‘*intentio legislatoris*’, además conforme a lo establecido explícitamente –entre los ‘criterios legislativos’ de interpretación de la ley italiana– por el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general)⁵⁵.

Más bien, a estas alturas es necesario subrayar que lo aquí definido como mera ‘expectativa de norma’ pueda, en realidad, ser entendido –a diferencia de la ‘norma’, cual resultado de la actividad interpretativa del juez– como un *quid* de ‘sentido’ ‘objetivo’ que se puede extraer, como significado ‘inmediato’ (más correctamente: inmediatamente inteligible, conforme al lenguaje común⁵⁶), directamente de la simple ‘letra’ de la ley; o sea, para decirlo siempre según el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general (italiana), en la medida del “significado propio de las palabras según la conexión de ellas”. También la llamada ‘expectativa de norma’, en efecto, a la par de la ‘norma’

⁵⁴ Es importante en todo caso destacar como en la dinámica del derecho penal el ‘sentido’ de la ley, o sea la (individuación de la) ‘norma’ (concretamente aplicable), depende –además del ‘modo’ en que actúan los jueces– también del ‘modo’ en que se comportan los fiscales en cuanto –hoy en día, en los sistemas penales modernos, prácticamente– únicos titulares de la ‘acción penal’, y, por tanto, único ‘filtro’ (*gatekeeper*) que permite que ciertos hechos lleguen a consideración ante los órganos jurisdiccionales (y, por ende, ante todo establecer –en sede de ‘imputación’– si y según cuál hipótesis criminosa un cierto hecho pueda ser cualificado), condicionando así, de raíz, la misma formación de las *regulae poenales*, a cuya ‘creación’ contribuyen.

⁵⁵ Art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general (aprobadas preliminarmente al Código Civil mediante el Real Decreto del 16 de marzo de 1942, n. 262): “*Interpretación de la ley*. – Al aplicar la ley no se puede a ella atribuir otro sentido que aquel manifestado por el significado propio de las palabras según la conexión de ellas, y por la *intención del legislador* [cursivas mías]”. Sobre el posible ‘significado’ de atribuir a la locución ‘intención del legislador’ véanse sin embargo *supra*, notas 17 y 47.

⁵⁶ Para una crítica a la referencia al ‘lenguaje común’ véase Paresce, 1975, pp. 446-447.

judicial, a su vez, no es más que el ‘resultado’ de una ‘lectura’, o sea de una actividad ‘interpretativa’ de la ley que cualquier coasociado⁵⁷ –más o menos cualificado, ciudadano común o perteneciente a la clase de los juristas diverso del órgano judicial, no importa–, hace (o puede hacer) en el momento en el cual, por cualquier motivo, se acerca a un texto de ley.

La verdadera y fundamental diferencia entre los diversos resultados interpretativos de un mismo texto normativo penal según los ‘sujetos’ de los cuales proviene la interpretación (al menos en los sistemas actuales pertenecientes a la tradición jurídica democrática-occidental de *civil law*; diferente podría ser el asunto para otros ordenamientos o para otras épocas históricas⁵⁸) se encuentra, en realidad, no en la ‘naturaleza’ del ‘resultado’ interpretativo en sí –la creación de una ‘norma’–, sino solo en su ‘eficacia’, de entender como ‘capacidad’, en el sentido de ‘idoneidad’, de la ‘norma’ así individuada a fungir como efectiva ‘regla de conducta’ en cuanto concretamente aplicable y aplicada⁵⁹; o sea, dotada de aquel predicado de reconocimiento de la ‘normatividad’ constituido por la ‘efectividad’⁶⁰ que deriva solo de su ‘vinculatoriedad’.

De ello se deduce entonces que ‘regla de conducta’, jurídicamente ‘vinculante’, esto es la ‘norma jurídica’ en sentido propio, es solo el ‘producto’ de la actividad interpretativa de aquellos órganos cuya interpretación es efectivamente ‘obligatoria’ y vinculante para los coasociados, en cuanto provista del atributo de la ‘coercibilidad’; lo que significa, con específica referencia al derecho penal, solo el resultado de la interpretación judicial. Si en efecto la ‘coactividad’ es un requisito identificativo del ‘derecho’ (respecto a otros sistemas normativos no jurídicos, como por ejemplo la moral), en particular él caracteriza no a cada una de las normas sino al ‘ordenamiento jurídico’ en

⁵⁷ Veremos *infra*, § 14, por el contrario, la relevancia de atribuir a la interpretación de la ley conforme a la ‘medida’ de un destinatario ‘modelo’, los ‘parámetros medios’ propios del derecho (= *homo eiusdem condicionis*).

⁵⁸ Piénsese, por ejemplo, en la relevancia normativa ‘directa’ de la llamada *opinio doctorum* en la Edad Media y en la edad premoderna hasta el periodo de las ‘codificaciones’.

⁵⁹ No por lo tanto ‘en abstracto’, como simple ‘expectativa de norma’, o sea norma ‘potencial’, porque el ciudadano común puede en todo caso ser ‘motivado’ por la (eventual) ‘interpretación’ que él hace de una ‘ley’, y de la ‘regla de conducta-norma’ que extrae de la misma.

⁶⁰ De ‘eficacia’ como condición de la ‘validez’ (y por tanto de ‘existencia’) de una norma habla Kelsen (1994, pp. 145-146), según el cual, en particular, “la *eficacia* de una norma consiste en que ésta se cumple efectivamente y en gran medida, y cuando no se cumple, se aplica en gran medida”. En el mismo sentido ya Id., 1997, p. 23 ss., p. 57 ss., p. 100 ss.

su conjunto, de donde se deriva que ‘vinculante’ en cuanto coactivamente ejecutable, incluso ‘contra’ la voluntad del destinatario, es solo cuanto proviene del juez a través de su decisión⁶¹.

Dicho de otra manera: de frente a un cierto ‘material normativo’ (normalmente, un texto legislativo)⁶² pueden tenerse diversas ‘interpretaciones’, en

⁶¹ A este propósito, Kelsen (1997, espec. pp. 354-355), habla de la actividad interpretativa del juez como de interpretación ‘auténtica’ en cuanto precisamente ‘creativa’ de derecho; donde entre otras cosas dice: “De la interpretación efectuada por un órgano de aplicación del derecho, se distingue aquella otra interpretación que non es auténtica, es decir, que no crea ningún derecho”.

⁶² Una ulterior aclaración aparece esencial en este punto. El ‘texto’ de la ‘ley’ constituye solo una ‘parte’ del ‘material normativo’ que el juez tiene a su disposición cuando, a través del procedimiento interpretativo, debe individualizar la ‘norma’ –‘general’ y ‘abstracta’, y por tanto con una ‘estructura semántica’ que la hace potencialmente idónea a valer también para situaciones futuras– que debe ser aplicada al caso sometido a su decisión. Tal material normativo comprende, junto con la ley, los precedentes jurisprudenciales, pero también los textos doctrinarios (que proceden siempre a través de ‘ejemplos’ o ‘casos de escuela’, y en vía general y abstracta) y hasta las mismas prácticas judiciales, o sea respectivamente ‘textos’ (expresados ‘lingüísticamente’) o ‘comportamientos’ (en cuanto ‘signos’ expresivos de ‘sentido’), todos de someter, a su vez, a ‘interpretación’. Solo por un prejuicio se ha, normalmente, llegado a ‘sobreevaluar’ la ‘ley’ (y, correspondientemente, a ‘desvalorizar’ los otros ‘materiales’), atribuyendo a la misma casi por una (retórica) ‘inversión’ metodológica (paralela, nótese, a aquella que todavía hasta hoy lleva a confundir la ‘disposición’ con la ‘norma’) la ‘naturaleza’ de ‘verdadera’ (y, sobre todo, única) ‘fuente’ de la ‘regla’. Prejuicio que encuentra, naturalmente, una ‘justificación’ en la mayor ‘autoridad’ de la ley, descendiente de la ‘forma de gobierno’ de los sistemas de *civil law* (especialmente si son ‘parlamentarios’), o sea de las ‘normas de organización’ del ordenamiento; mayor autoridad ‘política’ de la ‘ley’, como está establecido, formalmente, por el principio de ‘sujeción’ del juez a la ley (véase por ejemplo el art 101 de la Constitución italiana).

Entre los mencionados ‘materiales normativos’, particular importancia revisten los ‘precedentes’ jurisprudenciales. Cuando en efecto una ‘norma’, aplicada al caso concreto –para cuya calificación ha sido elaborada por el juez en vía interpretativa–, asume una dimensión (es decir una ‘forma’) lingüística *sub specie* de ‘máxima’ (o sea de un *quid* valedero como ‘precedente’), esta, en cuanto ‘texto’ (puesto que la ‘interpretación judicial’ se exterioriza en ‘expresión’, es decir en ‘lenguaje’), se convierte a su vez en ‘objeto’ de ‘interpretación’, cuando se prospecte su aplicación a casos futuros. La ‘máxima’, en general ya contenida en la ‘motivación en derecho’ de cada sentencia, con referencia a las sentencias, en particular, de la Suprema Corte está –en Italia– formulada por una específica Oficina del *Massimario* (= colección de máximas) de la Casación. Dicha ‘máxima’ no es sin embargo, directamente, la ‘forma lingüística’ de la *ratio decidendi*, sino el resultado de una actividad burocrático-administrativa (consecuentemente: no jurisdiccional), que además a menudo, desafortunadamente, por falta de criterios precisos para su redacción, no reproduce el verdadero ‘sentido’ de la decisión y por tanto la ‘norma’ efectivamente aplicada. En realidad, la ‘máxima’ no es otra cosa que un ‘texto normativo’, a la par de la ley, (semánticamente) siempre ‘general’ y ‘abstracto’, aunque –al menos desde el punto de vista lingüístico– ‘más específico’ respecto a la ‘ley’ (*supra*, nota 23, e *infra*, nota 121) y en todo caso ya ‘filtrado’ por una precedente actividad ‘interpretativa’ jurisdiccional y por tanto más cercano a la ‘concreción’ del caso decidido.

También, la ‘máxima’ jurisprudencial (como la ‘ley’), en cuanto ‘texto’, no es por tanto ella misma, directamente ‘fuente de norma’, debiendo a su vez ser ‘objeto de interpretación’: ‘norma’ será solo aquella que, eventualmente, existirá si un juez sucesivo, al decidir un caso concreto, aceptará ‘uniformarse’ a la ‘máxima’ misma (en cuanto proveniente, no de un poder diferente, como la ‘ley’,

cuanto provenientes de ‘sujetos’ diversos (coasociados; doctrina; tribunales). Siempre, de todas maneras, el ‘resultado’ de cualquier actividad interpretativa de una ley, de cualquier sujeto provenga, consiste en la individuación de una ‘regla de conducta’, es decir de una ‘norma’⁶³. La diferencia no está por lo tanto en la ‘naturaleza’ del ‘resultado’ de la actividad interpretativa, sino en su ‘eficacia’, en una palabra: en una particular ‘cualidad’ (o ‘valor’) de dicho resultado. Solo la interpretación ‘judicial’ es en realidad (al menos en vía directa)⁶⁴ efectivamente relevante en el plano normativo en cuanto ‘vinculante’ respecto al destinatario de la decisión por su ‘coercibilidad’⁶⁵: en el sentido

sino del interior de la misma ‘tecno-estructura’ judicial; adecuación al precedente que deberá por tanto, razonablemente, considerarse políticamente más ‘aceptable’ por los miembros de la corporación judicial). En otras palabras: también la ‘máxima’ es (como la ‘ley’) solo una ‘expectativa de norma’; ‘norma’ será solo, eventualmente, el resultado de la actividad interpretativa de la ‘máxima’ por parte de cada juez, si considerase utilizarla como ‘presupuesto’ de la decisión con referencia al caso concreto sometido a su examen.

⁶³ *Rebus sic stantibus*, se puede entonces considerar correcta también la perspectiva de los comparatistas que, no por casualidad, para individuar el sistema de las ‘fuentes normativas’ (en sentido amplio), es decir los ‘factores de producción’ del derecho hablan, sustancialmente, de tres ‘formantes’ fundamentales: el legislativo, el doctrinal y el jurisprudencial. Desde este punto de vista, en efecto, tal vez se podría decir acertadamente que también la ‘ley’ es, de por sí, ‘fuente’ del ‘derecho’: en el sentido de que la misma ‘expectativa de norma’ por parte de los coasociados no es más, a su vez, que el ‘resultado’ de una actividad ‘interpretativa’ de la ‘ley’ conducida por la generalidad de los coasociados-destinatarios (más correctamente: por un destinatario ‘modelo’, según los ‘parámetros medios’ propios del derecho). El mismo discurso vale (también aquí) para la ‘expectativa de norma’ que descende de la ‘interpretación’ de los ‘textos’ normativos (‘leyes’ o también ‘máximas’ jurisprudenciales, o las mismas ‘motivaciones’ de las sentencias: *supra*, nota 62) por parte de la ‘doctrina’. Por lo tanto, es cierto que, en sentido amplio, todos los tres ‘factores’ de producción del derecho (ley, doctrina y jurisprudencia) son ‘fuentes’ del derecho, puesto que la ‘norma’ es, siempre, resultado de una actividad ‘interpretativa’ (de un ‘texto’ escrito o incluso, al límite, de un ‘comportamiento’, como sucede con la costumbre o con las prácticas judiciales), o sea de un *quid* ‘objetivamente’ relevante. Idea aceptable, pero recordando siempre que solo la norma de fuente judicial posee, además, el requisito de la ‘obligatoriedad-vinculatoriedad’ y por lo tanto de la ‘efectividad’.

⁶⁴ Indirectamente, también la doctrina puede ser fuente ‘mediata’ de la ‘norma’ (judicial) en la medida en que la ‘interpretación’ de los enunciados lingüísticos legislativos que provienen de ella sea (efectivamente) acogida por la jurisprudencia; en este caso, en realidad, la ‘doctrina’ – más correctamente: la interpretación doctrinal, en el momento en que asume forma lingüística– es calificable como ‘fuente’ no en cuanto, como la interpretación jurisdiccional, ‘modo de producción’ de la norma, sino solo en cuanto ‘origen del contenido’ de la norma producida por el juez (por esta doble acepción del término ‘fuente’, que podría, respectivamente, corresponder a aquello de fuente ‘inmediata’, o sea ‘verdadera’ fuente de producción, y fuente solo ‘mediata’ (véase Bobbio, 1979, pp. 211-212, donde excluye que la ‘naturaleza de las cosas’ sea, directamente, verdadera fuente de producción del derecho, pudiendo ser solo origen del contenido de la *regula decidendi*. Probablemente estamos aquí en presencia de un fenómeno análogo al ‘reenvío material’).

⁶⁵ ‘Vinculatoriedad’ (= ‘carácter vinculante’) de la ‘norma’, obviamente, solo en relación con el sujeto destinatario de la decisión concreta, que se transforma (más correctamente: se puede transformar) en mera ‘capacidad persuasiva’ de la misma norma respecto a los coasociados destinatarios de futuras, posibles, decisiones por parte de los jueces, conforme a su eventual y personal interpretación del

de que solo ella, en virtud de su ‘autoridad’, puede dar vida a una ‘norma’ en sentido técnico-jurídico ‘válida’ y por lo tanto ‘existente’ en cuanto ‘efectiva’, o sea efectivamente ‘vigente’; mientras la doctrina, en consideración a su eventual ‘prestigio’, puede solo suministrar a los órganos jurisdiccionales un mero ‘consejo’ (al cual la jurisprudencia se podría eventualmente ‘adecuar’, a través de un mecanismo que podría técnicamente definirse de ‘recepción’, solo por la –considerada por cada juez– ‘razonabilidad’ del contenido de la ‘propuesta’ de ‘norma’ proveniente de una determinada doctrina, es decir en virtud de su ‘capacidad de persuasión’)⁶⁶.

Si por lo tanto –al menos en el sector penal del ordenamiento, donde la norma incriminadora llamada ‘sustancial’ no existe fuera de su aplicación judicial– ‘norma’ en sentido propio, en cuanto efectivamente ‘vinculante’ por su ‘coercibilidad’, puede ser, directamente, solo el resultado de la interpretación del juez, de esto se deduce que los resultados de todos los otros tipos de interpretación provenientes de sujetos diversos del juez (aunque jurídicamente ‘cualificados’, como doctrinarios, abogados, pero también policía judicial y fiscales)⁶⁷ darán lugar, como se ha visto, únicamente a meras ‘expectativas de normas’. Expectativas, eso es, de aquella que será la única ‘verdadera’ norma, la ‘creada’ por el juez en la decisión del caso concreto. Pero, precisamente porque es diversa la ‘cualidad’ del resultado de la actividad interpretativa del mismo texto de ley según los ‘sujetos’ que son sus autores, aparece entonces sin duda preferible en cuanto dogmáticamente más correcto –para evitar cualquier género de confusión, lexical pero también conceptual– usar el

precedente judicial. Así como, de la misma manera, una norma concretamente creada y aplicada por un juez no podrá jamás, de por sí, tener eficacia ‘vinculante’ en relación con los futuros jueces, incluso cuando sea el mismo ordenamiento el que establezca formalmente la regla del *binding precedent*, norma de tipo ‘organizativo’ que sirve solo para (intentar) garantizar la ‘coherencia’, y, por tanto, la ‘certeza’ jurídica y la ‘estabilidad’ de un ordenamiento, pero que vale en los límites en que los mismos jueces decidan observarla, resolviéndose en realidad la regla de la ‘vinculatoriedad’ del precedente en una verdadera y propia ‘ficción jurídica’ (sobre este punto, véase *amplius infra*, § 11). De por sí el precedente judicial (mejor: la norma extraíble interpretativamente del precedente) tiene con respecto a los jueces futuros, una vez más, solo valor (al máximo) ‘persuasivo’. De ello se desprende la inconsistencia de la objeción, hecha por una parte de la doctrina (véase por ejemplo entre otros Anzon, 1975, pp. 75 ss. spec. 79-80), de que, si la ‘interpretación’ fuese (verdadera) ‘fuente’ de derecho, también los jueces deberían estar ‘vinculados’ al ‘precedente’.

⁶⁶ Sustancialmente en el mismo sentido, Ross, 2007, pp. 406-407.

⁶⁷ Sobre la específica relevancia *directa* de la actividad de los fiscales a fin de la misma ‘creación’ judicial de la ‘norma penal’ (a la cual se podría, tal vez, añadir la misma actividad de la policía judicial) véase *supra*, nota 54.

término ‘norma’ solo para aquella de derivación judicial, dejando a las otras, dada su intrínseca carencia de ‘vinculatoriedad’, la calificación, mayormente conforme a su efectivo significado y alcance, de meras ‘expectativas de normas’ (o también ‘propuestas de normas’).

Un ulterior perfil de distinción de la interpretación judicial de las otras –en particular, de aquella doctrinaria–, además de la ‘vinculatoriedad’-‘coactividad’ de la ‘norma’ que descende de ella (y, quizás, también su eficacia ‘preventiva-disuasiva’ frente a los ciudadanos)⁶⁸, radica en el hecho de que, para el juez, la interpretación no es jamás un fin en sí mismo, es decir no está destinada solo a la abstracta identificación del significado que se considera atribuible a un ‘texto’ (‘disposición’) de ley (como mera actividad ‘teórica’), sino que es estrictamente ‘propedéutica’ e ‘instrumental’ respecto a una actividad eminentemente ‘práctica’ como su concreta ‘aplicación’ en sede de ‘decisión’ del caso objeto de juicio. Lo que es inevitable consecuencia de la naturaleza práctica del derecho como ‘regla’ del ‘caso decidido’. En síntesis, la ‘interpretación vinculante’ del ‘derecho’ (más correctamente: de la ‘ley’) que da vida a ‘normas’ ‘obligatorias’ no es una mera actividad de ‘conocimiento’, sino que termina siempre en ‘decisiones’, individuales y concretas, o sea en actos de ‘voluntad’. Esto distingue, por lo tanto, la actividad de lo ‘científico’ (o mejor: de lo ‘teórico’ o ‘dogmático’) del ‘derecho’ de aquella del ‘práctico’, o sea de aquél que contribuye directamente a la ‘vida’ del derecho como ‘experiencia’ (concreta).

⁶⁸ Que la ‘norma’ vigente sea aquella ‘creada’ por la jurisprudencia es, en efecto, justo lo que comúnmente se ‘percibe’ por parte de los ciudadanos y por los mismos operadores prácticos del derecho (los abogados, al aconsejar a sus clientes, normalmente se preocupan por ‘advertirles’ sobre lo que es la orientación de la ‘jurisprudencia’, sobre todo si está ‘consolidada’). Esto significa que la ‘eficacia motivante’ en función de prevención general es, entonces, ejercida no por la *lex scripta*, sino por la norma judicial (verdadera regla de conducta), además reconstruida a través del ‘filtro’ de la interpretación del precedente jurisprudencial que es dada por los coasociados, sean ellos ciudadanos comunes o expertos en derecho (véase también *supra*, notas 59 y 65). ‘Eficacia motivante’ que, cuando logra determinar, así sea a grandes rasgos, la efectiva observancia de eso que es, lógica y jurídicamente, solo una ‘expectativa de norma’, puede sin embargo considerarse suficiente, desde el punto de vista de la ‘efectividad’ del entero ordenamiento, para consentir evaluar ‘aquella’ norma judicial, en su ‘generalizabilidad’, como válida en cuanto –no solo existente, sino también– eficaz (recuérdese como, para Kelsen, la norma ‘inefectiva’ en cuanto no aplicada –se debe entender: por largo tiempo, o sea por *desuetudo* (= desuso)– pierde su ‘validez’ y por tanto su ‘existencia’: *supra*, nota 60).

Dicho de otra manera: también el juez, para decidir, cumple ante todo una actividad ‘especulativa’ (cognoscitiva), o sea la interpretación *stricto sensu* de un texto normativo; pero esta actividad es, para él, solo ‘propedéutica’, como paso necesario respecto a la fase de la llamada ‘aplicación de la ley’ al caso concreto (a diferencia del estudioso puro, que puede solo ofrecer ‘modelos’ de interpretación al juez⁶⁹ o a los otros ‘operadores’ prácticos del derecho⁷⁰).

Que la ‘norma’ efectivamente vigente (en cuanto vinculante) sea solo aquella de ‘fuente’ jurisprudencial, se deduce al final también de la circunstancia de que, por ejemplo, la misma Corte Constitucional italiana, para individuar uno de los términos del juicio de legitimidad, es decir la norma de ley de la cual se afirma la inconstitucionalidad, hace referencia al llamado derecho ‘viviente’, esto es –fuera de metáfora– a la interpretación de la jurisprudencia prevalente (o sea a la denominada jurisprudencia ‘consolidada’) sobre un determinado ‘texto’ de ley⁷¹.

⁶⁹ En este sentido, claramente, Kelsen, 1997, pp. 355-356.

⁷⁰ ‘Operadores’ del derecho que –nótese– se entienden aquí (no como sinónimo genérico de pertenecientes a la clase de los juristas, sino) en sentido ‘restrictivo’, como conjunto de todos los sujetos (autoridades) ‘institucionales’: legislador, jueces, fiscales, órganos constitucionales, etc. (también con referencia a sus ‘prácticas’).

⁷¹ El mismo discurso, *mutatis mutandis*, se puede repetir respecto al ‘deber’ institucional de los jueces de dar siempre a cualquier texto normativo la llamada interpretación ‘conforme con la Constitución’, en el sentido de que –entre diferentes interpretaciones ‘plausibles’– debe ser ‘privilegiada’ aquella interpretación que lleva a consecuencias ‘no contrarias’ a los dictados de la Constitución (lo mismo vale hoy en Italia también para el deber de interpretación conforme con la normativa europea). Interpretación ‘constitucional’ (o ‘europea’) cuyo presupuesto es precisamente dado por la constatación que eso que releva –es decir la ‘norma’– no es el texto de la ley, sino el resultado de su interpretación por parte del juez. Siempre al derecho ‘viviente’ hace luego referencia la Corte Constitucional italiana también para los fines del juicio de ‘taxatividad-determinación’ de las normas penales incriminadoras, en particular excluyendo la violación de dicho principio cuando la deshomogeneidad interpretativa no supere el umbral de una normalidad fisiológica (Corte Constitucional, 31 de julio de 1989, n. 472; véase también Id., 26 de octubre de 1989, n. 507, y 27 de julio de 1989, n. 456); dicho de otro modo, si la pluralidad de normas, extraíbles interpretativamente de una misma disposición legislativa, no resultan sin embargo entre ellas absolutamente ‘incompatibles’. Lo que constituye una ulterior confirmación, incluso desde esta perspectiva, que es la misma Corte Constitucional quien reconoce, implícita pero claramente, que la ‘norma’ no es la abstracta fórmula lingüística, sino el ‘significado’ a ella efectivamente atribuido en vía interpretativa por la jurisprudencia, y esto justo a fin de la afirmación de su correspondencia o no con los principios consagrados en la Constitución. Lo que significa entonces, entre otras cosas, que el juicio constitucional sobre la ‘taxatividad’ de una cierta norma se resuelve, viéndolo bien, en un ulterior criterio, proporcionado por el ordenamiento, para la solución (y por tanto la superación) de posibles ‘antinomias’ entre ‘normas’ (extraíbles de un mismo texto de ley) donde el contraste entre ellas, en caso de su coexistencia, resulte absolutamente intolerable. Sobre la existencia de normas antinómicas como momento fisiológico del sistema penal véase *infra*, § 10.

10. Consecuencias de la pluralidad de distintos significados normativos extraíbles de la interpretación de una misma disposición de ley. La posible coexistencia de normas ‘antinómicas’ como momento ‘fisiológico’ del sistema penal

Una vez superada dogmáticamente la confusión conceptual entre ‘norma’ y ‘disposición’, y si única ‘norma’ relevante en cuanto jurídicamente ‘vinculante’ (al menos en el derecho penal) es el resultado de la actividad interpretativa judicial de uno o –en general– más enunciados lingüísticos contenidos en un ‘texto’ de ley, ‘norma’ que es pues el ‘presupuesto’, o sea la *ratio decidendi*, de la decisión asumida por cada juez en el caso concreto, eso significa ante todo, como hemos visto, que de un mismo texto normativo pueden traerse interpretativamente, y por lo tanto coexistir, varias ‘normas’ diversas, incluso entre ellas en contraste (según las concretas decisiones que las han asumido como presupuestos). De ello se infiere entonces, ya a nivel teórico, la posibilidad de ‘coexistencia’ de normas ‘antinómicas’⁷², sea en sentido ‘diacrónico’ o ‘sincrónico’, como fenómeno ‘estructural’ de la experiencia jurídica (al menos de aquella jurídico-penal), perteneciente por lo tanto a la misma ‘fisiología’ del sistema.

El reconocimiento de la posibilidad ‘fisiológica’ de ‘antinomias’ consiente, en particular, garantizar –diacrónicamente– también la adecuación constante

⁷² Obvio que aquí, hablando de ‘antinomia’, se hace referencia a la (fisiológica) ‘coexistencia’ de normas diversas extraíbles sin embargo de la interpretación de un mismo texto de ley; mientras los teóricos generales, cuando hablan de antinomia (según el significado del término comúnmente acogido), se refieren a la (eventual y por lo tanto, teóricamente, excepcional) presencia de más normas diversas con referencia a una misma situación de hecho, pero extraíbles de una pluralidad de diferentes ‘disposiciones’ legislativas (llamadas antinomias ‘formales’). (Cuando viceversa más normas diferentes, pero del mismo rango jerárquico y de igual validez temporal, espacial y personal, disciplinadas en forma idéntica la misma situación de hecho, estaríamos en presencia, propiamente, de una ‘repetición’ normativa). Sin contar, a su vez, como la concreta operatividad de los mismos ‘criterios de resolución’ de las llamadas ‘antinomias formales’ (descendientes, como se ha dicho, de los resultados interpretativos de disposiciones de ley diversas), es decir de los criterios ‘jerárquico’, ‘temporal’, de ‘especialidad’ y de ‘competencia’, sea, de hecho, al final también ésta sustancialmente remitida a la actividad ‘interpretativa’ del juez y, por tanto, a su absoluta discrecionalidad que se manifiesta en modo aún más exasperado, cuando se necesita establecer una ‘jerarquía’ entre los mencionados criterios. Piénsese, por ejemplo, en el caso paradigmático de una situación de hecho contextualmente reconducible sea bajo una norma ‘general’ pero de rango ‘constitucional’ que bajo una norma ‘especial’ pero de ley ‘ordinaria’. En el sentido, contrariamente a cuanto comúnmente se cree, de que un hecho reconducible bajo una norma especial no sea lógicamente reconducible también bajo la norma general en cuanto normas entre ellas estructuralmente ‘incompatibles’, siendo el elemento ‘especializante’ elemento negativo implícito de la norma general (véase Trapani, 2006, espec. pp. 222-228).

de la jurisprudencia a las mutadas condiciones o exigencias sociales, o sea para responder a las ‘nuevas’ exigencias que se manifiestan posteriormente a la entrada en vigor de la ‘ley formal’ objeto de interpretación. Situaciones que, según la teoría tradicional de la interpretación jurídica, serían reconducibles a los cánones de la interpretación denominada ‘teleológica’ (véase *supra*, § 8) y de aquella su variante –políticamente peligrosa– representada por la denominada interpretación ‘evolutiva’; con todas las dificultades teóricas que tales métodos de interpretación proponen a quienes, todavía sustancialmente firmes frente al postulado político de la absoluta ‘separación de poderes’, siguen considerando, tal vez en función de garantía del ciudadano, que a un mismo texto legislativo corresponda siempre una y solo una norma como significado ‘correcto’ de aquel texto, que incumbiría al intérprete ‘reconocer’.

Dificultades teóricas que, por el contrario, son fácilmente superables si se parte de la afirmación según la cual la ‘norma’ es solo ‘creación’ de cada juez en función de la decisión del caso concreto en cuanto, en el derecho penal, es el único sujeto que tiene un poder de interpretación ‘vinculante’ con la consiguiente, lógica, admisibilidad de ‘antinomias’ en el sistema.

11. Los mecanismos previstos por el ordenamiento a fin de garantizar su interna ‘coherencia’ y por lo tanto la ‘certeza’ del derecho como valor (práctico y consecuentemente) ‘político’

Negar la posible coexistencia, en el plano lógico, de normas estructuralmente ‘antinómicas’⁷³ como consecuencia de la interpretación de una ‘disposición’ o, más frecuentemente, de un ‘conjunto’ de ‘disposiciones’ (o sea de enunciados lingüísticos contenidos en un texto normativo) significa, en realidad, no lograr ‘liberarse’ todavía del ‘prejuicio’ (del todo ‘ideológico’) constituido por el ‘mito’ de la (absoluta) ‘coherencia formal’ (mejor: de ‘no

⁷³ Posible copresencia de normas antinómicas extraídas de la interpretación de un mismo texto legislativo que, de por sí, no es algo extraño, puesto que desde siempre la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana –y en general de las Cortes de los sistemas de *civil law*–, en sede de decisión sobre la constitucionalidad de una norma, basa las sentencias llamadas ‘interpretativas’ precisamente en el hecho de que una misma ‘disposición’ puede dar lugar, contemporáneamente, a más ‘normas’ (véase *supra*, § 6-8 y la nota 50), y, por lo tanto, la disposición estar conforme con la Constitución, o no, en los límites en que se le de una cierta ‘interpretación’ (o sea, dadas las normas *x*, *y*, *z* como su posible contenido, por ejemplo, solo la norma *x* resulta constitucionalmente compatible y por tanto legítima).

contradicción’) del ordenamiento, mito del positivismo ‘legalista’⁷⁴, a fundamento del cual está la idea, como hemos visto, de que la ‘interpretación’ es solo actividad ‘(re-)cognoscitiva’ (= ‘recognitiva’) de una ‘norma’ ya existente en cuanto válidamente *ya ‘puesta’* por el legislador, norma, por lo tanto, que –por cada situación de hecho– no puede ser lógicamente más que ‘una’ (siendo una sola la ‘verdadera’ y por tanto ‘válida’ norma que puede legítimamente extraerse de una ‘correcta’ interpretación de un mismo texto de ley).

Una vez reconocida, contrariamente, la posible coexistencia de normas antinómicas como momento estructural del fenómeno jurídico-penal, distinta es la cuestión respecto a la exigencia (de primordial relevancia política, aún antes que lógico-jurídica) de asegurar la ‘coherencia’, y por ende la ‘unidad’, del ‘ordenamiento jurídico’ –no, nótese, ‘legalista’– connatural a la misma idea de ‘orden’ (que, con el término ‘ordenamiento’, comparte evidentemente la etimología; orden, y por lo tanto ‘regularidad’, entonces, como ‘carácter lógico’ inmanente al concepto mismo de ordenamiento). En realidad, la ‘coherencia’ del ordenamiento –lejos de constituir uno de sus fundamentos ‘teóricos’– está en función, en primer lugar, de garantía de la ‘certeza’ del derecho, o sea de una exigencia eminentemente ‘práctica’ (como ‘práctico’ es el fin del derecho), y por lo tanto ‘política’⁷⁵, que está en la base ante todo de aquellas normas ‘organizadoras’ dictadas por el legislador, como de inmediato veremos, precisamente con el fin, entre otras cosas, de garantizar la –al menos tendencial– ‘continuidad’ y por lo tanto ‘uniformidad’ de la jurisprudencia.

El problema se convierte entonces en cómo ‘garantizar’ la ‘coherencia’ y, por ende, la ‘estabilidad’ del ordenamiento, a través de la aplicación (lo más posible) ‘uniforme’ por parte de los jueces de la misma ‘norma’,

⁷⁴ No se debe confundir con el positivismo ‘jurídico’. Hablar de ‘positivismo jurídico’ no significa en efecto identificarlo con el ‘positivismo legalista’, en el sentido que todas las normas jurídicas se derivarían de la ‘ley’, así sea entendida en sentido lato (como sinónimo de acto normativo escrito). También la ‘norma’ de fuente ‘judicial’ debe considerarse en efecto norma ‘positiva’ (más correctamente: de ‘derecho positivo’) porque emana siempre de un órgano, el juez, de un ordenamiento jurídico ‘positivo’, según una ‘constitución’ positivamente ‘puesta’, y no, por ejemplo, del derecho ‘natural’ o de la ‘equidad’ (siempre que obviamente el ordenamiento positivo no ‘reenvía’ a ella, así sea como fuente ‘subsidiaria’ y/o ‘integradora’ del derecho).

⁷⁵ Véase Kelsen, en particular cuando subraya como “la interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido ‘correcto’. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. [...] No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político” (1997, p. 356).

cuando se presentan casos similares⁷⁶. Esta necesidad puede ser satisfecha, en los sistemas de *civil law* y *common law*, a través del recurso a diversos mecanismos que, no obstante su diferencia estructural, cumplen de todas maneras la misma función. Entre otras cosas, llegando de hecho a resultados prácticos sustancialmente convergentes. Así, los sistemas de *common law* se basan en el principio del *stare decisis* según el cual el precedente judicial vincula ‘de derecho’ a los jueces sucesivos –de grado inferior o, en general, también del mismo grado (por lo tanto, en sentido sea ‘vertical’ que ‘horizontal’)– a aplicar, frente a ‘situaciones de vida’ análogas a aquella ya juzgada, la misma *ratio decidendi*, es decir la misma *regula iuris*; a diferencia de los sistemas de *civil law*, donde el precedente judicial tendría –al menos según los ordenamientos constitucionales vigentes (hoy sin embargo en parte superados por el llamado ‘derecho viviente’)– una vinculatoriedad ‘de mero hecho’.

En realidad, en los sistemas de *civil law*, la ‘unidad’ del derecho es confiada a la previsión de medidas ‘organizativas’ que intentan garantizar la (al menos) tendencial ‘uniformidad’ de las decisiones de los jueces inferiores a nivel de Cortes superiores. En el sistema italiano, tal resultado es asegurado por la llamada función ‘nomofiláctica’ (como función, precisamente, de resolución de ‘antinomias’) atribuida a la Corte Suprema de Casación⁷⁷ y, en particular, a sus Secciones Unidas (lo que encuentra además fundamento jurídico en la ley sobre el Ordenamiento judicial de 1941)⁷⁸. Concretamente, tal función se expresa a través de la denominada ‘maximación’ (= como función de extraer

⁷⁶ Supefluo subrayar como la ‘analogía’ de la cual estamos aquí hablando se refiera a cuestiones no de derecho, sino de hecho. Obsérvese a este propósito como, en concreto, dos hechos ‘históricos’ ya desde el punto de vista lógico no puedan jamás ser absolutamente idénticos; por lo cual bien se habla aquí de ‘analogía’, haciéndose referencia a aquellos elementos ‘comunes’ –o ‘similares’ (entre el hecho objeto de juicio y el hecho que ya ha sido precedentemente objeto de decisión)–, de considerarse ‘relevantes’ para la determinación del *thema probandum* y por lo tanto del *decidendum*.

⁷⁷ A la función ‘nomofiláctica’ de la Casación le ha sido reconocida, en Italia, ‘relevancia constitucional’ en base al art. 111 de la Constitución italiana: Corte Const., sent. n. 58 del 1970. Sobre el punto véase también Anzon, 1975, p. 92 y nota 34.

⁷⁸ Art. 65 del Real Decreto de 30 de enero 1941 n. 12 –Ordenamiento Judicial: “*Atribuciones de la Corte suprema de casación.*– La Corte suprema de casación, cual órgano supremo de la justicia, asegura la *exacta observancia* y la *uniforme interpretación* de la ley, la *unidad* del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las diferentes jurisdicciones [*cursivas mías*]; regula los conflictos de competencia y de atribuciones, y cumple las demás funciones a ella conferidas por la ley. [...]”. Nótese como, teniendo tal disposición naturaleza ‘materialmente constitucional’, atendiendo a la ‘separación de poderes’, para ella no valen las consideraciones aquí desarrolladas a propósito de la interpretación de la ley, viviendo viceversa su ‘interpretación’ en la llamada ‘práctica constitucional’, o sea en el concreto comportamiento de los órganos y de las instituciones del Estado.

las máximas) de las sentencias de la Corte Suprema por parte de la Oficina del Maximario, articulación de la misma Corte de Casación (de donde la enorme importancia de ‘quién’ y ‘cómo’ desarrolla la actividad de ‘maximación’)⁷⁹. Esta ‘uniformización’ (tendencial) del derecho sirve para garantizar la ‘certeza’, o sea la ‘previsibilidad’ de las valoraciones del ordenamiento sobre los comportamientos de los coasociados, y por lo tanto la ‘predecibilidad’ de las decisiones de sus órganos jurisdiccionales, fundamental instrumento para garantizar la libertad de los ciudadanos.

Además, en cuanto a la circunstancia de que, en el sistema italiano, el precedente tendría, al máximo, una ‘autoridad’ meramente ‘de hecho’, o, como también se dice, simplemente ‘persuasiva’ (más correctamente: ‘orientativa’), considérese como, ahora, se deba reconocer que incluso en los sistemas del *common law* el principio (aparentemente) ‘absoluto’ del *stare decisis* constituye, en realidad, una verdadera y propia ‘ficción’ jurídica, siendo de todas maneras siempre posible para el juez ‘superar’ el vínculo del precedente a través de una serie de instrumentos puestos a su disposición por el mismo ordenamiento, como ante todo el *distinguishing* y el *overruling*⁸⁰ (sobre los cuales véase *amplius, infra*, § 13). Así como para el derecho continental constituye a su vez una ‘ficción’ la afirmación según la cual derecho es aquello ‘contenido’ en la ‘ley’ (al menos, repítase, con referencia al derecho penal); ‘ley’ a la cual sería posible, más bien necesario, dar uno y solo un significado normativo: aquel ‘correcto’, perseguido precisamente por la Casación, como juez del ‘derecho’ y no del ‘hecho’⁸¹. Con la consecuencia de un sustancial ‘acercamiento’ entre sistemas, aunque, a primera vista, aparentemente muy lejanos.

La ‘norma consolidada’ por la Corte Suprema tiene, luego, una ‘fuerza regulativa’ suya, que garantiza su efectividad, no ya porque las ‘normas’

⁷⁹ *Supra*, nota 62.

⁸⁰ Más en particular, el *distinguishing* constituye, propiamente, una técnica de ‘elusión’ del *binding precedent*, puesto que se niega, de raíz, su misma existencia afirmándose que, entre el caso objeto del precedente y aquel a decidir, existen ‘razonables distinciones jurídicamente relevantes’. Por el contrario, la facultad de *overrule* constituye precisamente una verdadera y propia ‘excepción’ a la regla del *stare decisis* solo dentro de los límites de la posibilidad reconocida a las Cortes superiores de *overrule* sus propios precedentes; no, viceversa, con referencia a la posibilidad de las Cortes superiores de *overrule* las decisiones de los jueces inferiores, dado que tales sentencias no tienen, de por sí, ninguna eficacia vinculante en relación con las Cortes superiores.

⁸¹ Sobre el específico motivo de recurso de casación constituido por la “errónea aplicación de la ley penal” véase *supra*, § 7.

generales ‘presupuestas’ por los jueces ‘inferiores’ como *rationes decidendi* no sean verdaderas y propias ‘normas’⁸², sino porque, desde el punto de vista de su ‘eficacia’ como regla de conducta incluso para situaciones futuras, la ‘norma’ individuada por la Casación (por *factio iuris* la única ‘correcta’) tiene, indiscutiblemente, una autoridad ‘orientativa’ notablemente superior, puesto que los coasociados, razonablemente, pueden prever que, cuando el juez de una corte ‘inferior’ se aparta de ella, su sentencia será ‘casada’ y por lo tanto la decisión anulada (con consecuente ‘efecto retroactivo’). En otras palabras, el no seguir el ‘precedente’ –especialmente si es ‘consolidado’– de la Casación comporta de hecho para la sentencia del juez inferior un razonable ‘riesgo’ de anulación.

12. ¿Existe una norma general y abstracta o solo aquella individual y concreta creada por el juez?

Una duda podría sin embargo surgir en este punto: si, en la efectiva dinámica de la experiencia jurídica penalista, la ‘norma’ no existe por fuera del proceso, y por lo tanto el único verdadero derecho es aquel creado por el juez con la sentencia, ¿es entonces lógicamente necesario considerar que el juez, al decidir el caso concreto, deba de todas maneras previamente pasar por la individuación del ‘significado’ de un enunciado lingüístico normativo, o sea por la creación, a través de la interpretación de un texto legislativo, de una ‘norma’ general y abstracta?

Se podría en efecto también pensar que, consistiendo la decisión del juez, por su naturaleza, solo en una ‘orden’ individual y concreta, la idea que deba necesariamente estar detrás de esta orden, como su lógico presupuesto, una ‘norma’ general y abstracta, se resuelva, en realidad, solo en una inútil superfetación (si no en verdadera y propia ‘ideología’ o incluso ‘mitología’

⁸² Todas las sentencias, de todos los jueces indistintamente de cualquier orden y grado, son ‘fuentes’ de ‘normas’ (por lo cual no es posible considerar –como por el contrario considera parte de la doctrina– que las ‘normas judiciales’ vinculantes deriven solo de la jurisprudencia de las Cortes Supremas; sin contar que hoy es un dato de experiencia común la existencia –diría ‘fisiológica’– de un ‘contraste’ jurisprudencial, también a nivel de la Casación y hasta de sus Secciones Unidas: es decir, fuera de metáfora –y de toda ficción–, la ‘coexistencia’ de normas ‘antinómicas’ incluso a nivel de Cortes Supremas). La absoluta ‘paridad’ de ‘rango’ entre las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales deriva del hecho que, como es notorio, la diferenciación entre jueces no es ‘jerárquica’, sino meramente ‘funcional’ (véase, por ejemplo, el art. 107, inciso 3, de la Constitución italiana), en relación a la (política, no lógica) necesidad del ‘control’ (de legalidad y también de mérito) de la decisión judicial.

jurídica). Dicho de otra forma, no estando detrás de la decisión del juez (penal) un ‘derecho’ pre-existente –sino solo un acto legislativo contenido en un documento escrito, o sea solo ‘signos lingüísticos’ (al máximo para interpretar)–, el único derecho sería aquel declarado por virtud de su ‘autoridad’, es decir en modo vinculante, por el juez para una situación concreta y para individuos determinados. Las situaciones jurídico-subjetivas (pasivas) penales de ‘deber’ y de ‘subjeción’, coactivamente ejecutables (incluso en contra de la voluntad del destinatario), nacerían entonces solo de la sentencia del órgano judicial.

A este propósito, es necesario observar en primer lugar como, en la realidad de la dinámica jurídica, es el mismo juez quien hace siempre referencia –así sea formalmente– como ‘fundamento’ (y ‘presupuesto’) de su decisión ‘en derecho’ a una *regula iuris* general y abstracta, de la cual su decisión constituiría concreta aplicación, ‘norma’ que sería por él extraída –al menos a nivel de mera ‘declamación’– de la ‘interpretación’ de un texto escrito (ley o máxima jurisprudencial) de todos modos (declarado) ‘preexistente’.

Esto porque –y se trata del punto que aquí mayormente interesa– el juez, en la concreta operatividad de cualquier sistema jurídico, sea de *civil law* que de *common law*, además que en cumplimiento de una precisa obligación jurídica (frecuentemente establecida también a nivel constitucional), debe siempre ‘justificar’ su decisión dando cuenta en la ‘motivación’ de las ‘elecciones’ hechas (también ‘normativas’: ver por ejemplo el art. 544, inciso 1, del Código de Procedimiento Penal italiano, dónde, a propósito de la redacción de la sentencia, se habla de “exposición de los motivos de hecho y de derecho sobre los cuales la sentencia es fundada”). Obligación de ‘motivación’ necesaria para la misma ‘validez’ y, por lo tanto, ‘existencia’ jurídica de la sentencia, funcional, a través de su ‘publicidad’, para consentir también el ‘control’ político de la decisión del juez por parte de la opinión pública, como momento por ende de democracia⁸³.

La ‘motivación’ de la sentencia implica por lo tanto, necesariamente, también la indicación de la *ratio decidendi*; y tal ‘razón jurídica’ de la decisión no puede, lógicamente –por lo que implica el mismo concepto de ‘racionalidad’–, sino hacer referencia a una ‘regla’, por su naturaleza general

⁸³ Aunque, como veremos *infra* § 17, dicho control no es en realidad suficiente, de por sí, para garantizar la ‘legitimación democrática’ de la elección normativa del juez.

y abstracta, regla, o sea ‘norma’, con la cual se tiende a reconducir la ‘orden’ individual y concreta a una *ratio*, y a una ‘justificación’, ‘generalizable’ (en el sentido de ‘universalizable’), es decir, que responda no solo a una lógica de ‘abstracción’, a través de la individuación del ‘núcleo esencial’ de los elementos del hecho histórico que han llevado a aquella decisión concreta, sino también a una lógica ‘generalizante’, o sea idónea para valer también para (eventuales) casos análogos futuros.

En último término, cualquier ‘orden’ individual y concreta, donde exista una obligación de motivación, presupone de todas maneras, lógicamente, un ‘esquema normativo’ general y abstracto. Hasta llegaría a decir que, incluso en los casos en los cuales sea el mismo ordenamiento a atribuir al juez, así sea excepcionalmente, la facultad de decidir según ‘equidad’, su decisión se apoyaría de todas maneras, aunque implícitamente, en la previa identificación de una norma general y abstracta. En efecto, incluso si el juez se limitase a afirmar –según un hipotético ordenamiento– que, a su incuestionable juicio y por tanto de acuerdo con su conciencia, es ‘justo’ punir con aquella cierta pena al imputado T por haber cometido el hecho concreto F¹, esto implicaría, así sea implícitamente, la referencia a una ‘norma’ (de ‘derecho natural’ o ‘de razón’ o al límite por él mismo creada) en el sentido que, si se considera ‘justo’, en la situación concreta, punir aquel cierto imputado porque cometió aquel cierto hecho, esto es lógicamente posible solo en cuanto, contextualmente, se considera además que ‘debe’ ser castigado cualquiera que cometa en futuro un hecho F² análogo al hecho F¹, en cuanto comparta con éste un núcleo de elementos comunes, o sea precisamente según una norma general y abstracta. Esto porque el mismo concepto de ‘equidad’ (en el mundo del derecho) no implica la atribución al juez de un poder absolutamente arbitrario, sino de un poder discrecional, en cuanto tal de todas formas ‘racionalmente justificable’ según parámetros de ‘justicia’ –así sea del caso concreto– y por lo tanto de ‘valor’.

Característica de la ‘norma’ no es de hecho su efectiva observancia, sino solo su idoneidad, en abstracto, a ser observada, o sea su idoneidad estructural a funcionar como regla general y abstracta también en casos futuros, en una palabra: su ‘generalizabilidad’. Independientemente por lo tanto de su ‘fuente de producción’, es decir del modo mediante el cual, de hecho, se produce su existencia, la ‘norma’, además de ser presupuesto de una

decisión concreta, vale como tal en cuanto posible regla de una serie indefinida de futuros casos análogos. A esta lógica de ‘generalizabilidad’ responden, como hemos visto (*supra*, §11), los institutos destinados –según los diferentes sistemas– a la ‘estabilización’ normativa, como el precedente vinculante (el *binding precedent* de los ordenamientos de *common law*) y la función ‘nomofiláctica’ atribuida a las Cortes Supremas, aunque, para la validez y por tanto existencia de una norma, no es necesario que tal ‘uniformización’ normativa se verifique en concreto. No se debe pues olvidar como la ‘norma’, aplicada al caso concreto para el cual ha sido elaborada en vía de ‘interpretación’, en el momento en el cual asume, en la parte motiva de la sentencia, la dimensión formal de ‘máxima’ (es decir de enunciado lingüístico que contiene la *ratio decidendi*), ella, en cuanto ‘texto’ escrito, se convierte a su vez en ‘objeto’ de (posible) ‘interpretación’ por parte de otros jueces, como ‘material normativo’, donde se prospecte su aplicación a casos futuros⁸⁴.

En conclusión, la posición aquí sostenida –según la cual el derecho penal no vive, en el sentido que no existe, fuera del proceso y por lo tanto de la decisión de cada juez– no excluye en absoluto el carácter ‘normativo’ del ‘derecho’, puesto que, repítase, cada sentencia presupone de todas maneras la previa individuación de una ‘norma’ bajo la cual reconducir la decisión individual y concreta.

Viéndolo bien la única, verdadera, particularidad, que podría explicar –si no incluso dentro de ciertos límites justificar– la objeción que, si derecho es solo aquel concretamente creado por el juez con su sentencia, sería entonces lógicamente inútil, resolviéndose en una superfetación, admitir la preexistencia de una norma general y abstracta, estaría en el hecho que –a diferencia de cuanto comúnmente todavía se ‘declama’– el juez no llega a la decisión a través de un procedimiento lógico ‘deductivo’ desde la norma general y abstracta (contenida en la ley) hasta la orden individual y concreta; sino, todo lo contrario, una vez que ya ha decidido cuál es el derecho aplicable en el caso concreto, reconstruye la ‘norma’ (general y abstracta) a través de un procedimiento lógico de tipo ‘inductivo’, es decir yendo de lo ‘particular’ a lo ‘general’, dando al texto legislativo, a través de la interpretación, el ‘significado’ que ha ya decidido atribuirle. En otras palabras, a la individuación de la ‘norma’ incriminadora general y abstracta el juez –es decir el mismo órgano de

⁸⁴ *Supra*, nota 62.

la aplicación— llega implícitamente una vez que haya previamente decidido aplicarla al caso objeto de su decisión, siendo ya lógicamente contenida en su ‘elección’ normativa individual y concreta⁸⁵. Solo *ex post* con su ‘aplicación’ se sabrá cuál ha sido la ‘norma’, general y abstracta, tomada en consideración por el juez en la decisión sobre el caso concreto.

En derecho penal, por lo tanto, efectivamente relevante en el plano normativo en cuanto efectivamente ‘vinculante’ es la ‘norma’ como ha sido ‘reconstruida’ por el juez a través de la ‘interpretación’ (del ‘material normativo’ por él efectivamente utilizado) y como ha sido ‘aplicada’ por el mismo juez concretamente en la decisión individual; ‘vinculante’ entonces en cuanto concretamente aplicada⁸⁶. En otras palabras, es el juez penal quien ‘crea’ la norma en el mismo momento en que la aplica (‘derecho’ como ‘regla’ del caso decidido). Esto no excluye sin embargo que aquella norma creada por el juez a través de la interpretación sea de todas maneras una verdadera ‘norma’, puesto que ésta, dada su ‘estructura’ semántica, general y abstracta, tiene de todos modos la idoneidad a valer también para una serie indefinida de (análogos) casos futuros, teniendo el carácter de la ‘generalizabilidad’/‘universalizabilidad’, obviamente solo sí y en los límites en los cuales los jueces sucesivos decidan concretamente aplicarla.

Y, recuérdese, es precisamente para garantizar, en cuanto sea posible, la exigencia, política, de ‘estabilidad’ inmanente a cada ordenamiento jurídico —a través de la (al menos tendencial) aplicación, por parte de los jueces, de la misma norma cuando se presentan casos similares— que los diversos sistemas jurídicos prevén, con el fin de satisfacer ante todo la exigencia de certeza del derecho, mecanismos funcionales al logro de este resultado de estabilización. Pero es precisamente esta idea de norma, en cuanto factor intrínseco de ‘estabilización’ política del ordenamiento, la que constituye, en realidad, desde el punto de vista estrictamente jurídico, solo ‘mitología’. En efecto —y es este el punto fundamental—, en el momento en el cual se mira a la norma creada por el juez, no solo en cuanto presupuesto jurídico de la decisión del caso concreto, sino en función —dada su estructura general

⁸⁵ Como ulterior confirmación de esto, recuérdese en efecto como el proceso penal está enderezado a la *verificación de una hipótesis acusatoria*, o sea no de un simple hecho histórico sino de un *hecho inevitablemente ya ‘evaluado’ normativamente* por parte del órgano de acusación.

⁸⁶ En el sentido de que tanto la aplicación como la interpretación de la norma se fusionan en el acto decisonal, Paresce, 1975, pp. 388-389 y 390 nota 107.

y abstracta— de su potencial aplicación también a situaciones futuras, esta norma, en cuanto mera ‘expectativa’ de futuras decisiones conformes, dogmáticamente es, en realidad, más precisamente, como hemos visto (*supra*, § 9), solo una ‘expectativa de norma’, como tal no directamente ‘vinculante’ (tratándose, cuando asume en la sentencia ‘forma’ de enunciado lingüístico como ‘máxima’, de ‘material normativo’ utilizable en futuro por los jueces, a la par de la ‘ley’)⁸⁷.

13. La ‘retroactividad’ como ‘aspecto lógico’ de la norma penal incriminadora. El problema de la interpretación judicial *in peius* (más desfavorable) respecto a la vigente al momento de la comisión del hecho

Una vez reconocido que es el juez, a través de la actividad interpretativa, quien crea la ‘norma’ en el momento en el cual la aplica, descende una ulterior consecuencia de suma importancia teórica pero sobre todo práctica: la inevitable ‘retroactividad’ de la norma incriminadora respecto a la comisión del hecho objeto del juicio.

Es evidente que esta conclusión —opuesta a cuanto en general tradicionalmente se repite, pero— rígidamente consecuencial respecto a ciertas premisas plantea delicados problemas con relación a la salvaguardia de las más elementales exigencias de ‘garantía’ de la libertad personal. Esto impone necesariamente, en mi opinión, una nueva lectura, bajo este aspecto, del principio —constitucional, pero también establecido explícitamente por los tratados internacionales— de ‘irretroactividad’ de las (nuevas) incriminaciones, en modo tal de ‘ampliar’, y no restringir, las garantías de libertad.

Es notorio en efecto —entre otras cosas— como todavía hoy en los ordenamientos de *civil law*, donde todas las Cartas fundamentales establecen de manera inequívoca que la ‘ley formal’ del Parlamento debe haber entrado en vigor antes de la comisión del hecho de delito por ella previsto, no se logra dar una solución satisfactoria —en cuanto efectivamente vinculante para los jueces— al delicadísimo problema, ante todo político, de la modificación de la ‘interpretación judicial’ en sentido ‘más desfavorable’ al imputado, puesto que, formalmente, el acto legislativo (= ‘texto’ de ley), en el cual la (nueva y más severa) ‘norma’ aplicada por el juez estaría contenida, habría en todo caso entrado en vigor ‘antes’ de la comisión del hecho a juzgar.

⁸⁷ *Supra*, nota 62.

No hay duda sin embargo de que, frente a esta conclusión, lógicamente deducida en modo incensurable del presupuesto según el cual la interpretación de la ley no es creación de la norma (conclusión, no casualmente, todavía hoy avalada por la jurisprudencia dominante), la ‘sustancia’ político-garantista del principio de ‘irretroactividad’ de las normas incriminadoras podría en realidad considerarse efectivamente respetada solo en el momento en que se reconociese con coraje, en función de la máxima garantía del ciudadano, la inconstitucionalidad de la aplicación del ‘resultado’ de una ‘interpretación’ de la ley (escrita) donde ésta llegue a consecuencias ‘más severas’ de aquellas que constituían el ‘derecho viviente’ –y, por tanto, ‘vigente’– en el momento de la comisión del hecho (por ejemplo, según una jurisprudencia en aquel momento ‘consolidada’). Pero tal conclusión es evidentemente posible solo si se parte del presupuesto dogmático según el cual cualquier modificación, en el tiempo, del ‘resultado de sentido’ de la interpretación judicial significa, en realidad, modificación de la misma ‘norma’: en una palabra, ‘creación’ de una ‘nueva’ norma respecto a la existente –en cuanto ya aplicada– al momento de la comisión del hecho a juzgar⁸⁸. Es esta, en mi opinión, la ‘nueva frontera’ del principio de legalidad, en particular entendiendo el término ‘ley’ como sinónimo de ‘norma’⁸⁹ (aplicable y en concreto aplicada), en cuanto

⁸⁸ Así como, del mismo modo, debe considerarse constitucionalmente impuesta –en vía directa o indirecta– la aplicación de una nueva norma por parte del juez extraída de una interpretación ‘más favorable’ respecto a aquella que constituía el resultado de una interpretación precedente. Conclusión a la cual se debe llegar cuanto menos por el respeto ‘sustancial’ de la garantía contenida en el art. 15, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (según el cual, “[...] Si, posteriormente a la comisión del delito, la ley prevé la aplicación de una pena más leve, el culpable debe beneficiarse de ella”); además de que por su congruencia con la *ratio* del principio de ‘inviolabilidad’ de la libertad personal (del cual habla por ejemplo el artículo 13 de la Constitución italiana), y de la consecuente naturaleza ‘excepcional’ de las sanciones penales, puesto que la interpretación más favorable comporta una ‘ampliación’ de la antedicha esfera de libertad (análogamente a cuanto ocurre con la interpretación ‘restrictiva’: *supra*, nota 13).

⁸⁹ Conclusión, ya de por sí, racionalmente plausible, teniendo en cuenta la ambigüedad del significado que asumen en los diferentes textos normativos los términos ‘ley’ y ‘disposición’, utilizados también (indiferentemente) como sinónimos de ‘norma jurídica’ y hasta de ‘derecho positivo’ (véase, por ejemplo, el artículo 3, inciso 1, de la Constitución italiana: “Todos los ciudadanos [...] son iguales ante la ley”). Eso significa, entonces, que –si la prohibición de retroactividad consagrada en el artículo 25, inciso 2, de la Constitución italiana, pero común a todos los sistemas de *civil law*, según el cual “Nadie puede ser punido si no en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de la comisión del hecho” debe referirse, precisamente, a la ‘norma’ judicial (y no al ‘texto’ de ley)– de esto se deriva como es ‘inconstitucional’ la aplicación de una ‘norma’ creada por el juez sucesivamente a la comisión del hecho y más severa que el –resultado de– la interpretación (‘norma’) entonces vigente. Es esta, en mi opinión, como ya he dicho, la ‘nueva frontera’ del principio de legalidad hoy. Donde el único, verdadero, problema podría, si acaso, plantearse por los hechos realizados después de la (formal) entrada en vigor de una ley, pero antes de que ella haya tenido alguna concreta aplicación;

solución políticamente funcional, entre otras cosas, a una real ‘ampliación’ de las garantías y de los derechos inviolables del ciudadano.

Por el contrario, como he dicho, en los actuales sistemas de *civil law* (como el italiano), el cambio jurisprudencial en sentido ‘más severo’, es decir una nueva ‘interpretación’ de una cierta ‘disposición’ incriminadora en sentido ‘más desfavorable’ en relación con aquella hasta entonces practicada por la jurisprudencia (al menos en el caso de una interpretación ‘consolidada’), no excluye su aplicación a los hechos objeto del juicio sobre la base de una verdadera y propia ‘estafa de las etiquetas’, según la cual, habiendo entrado en vigor la ‘ley’ (escrita) antes del hecho cometido, no habría ninguna violación de la prohibición de retroactividad de la ‘ley’ más desfavorable, formalísticamente identificada *tout court* con la ‘norma’, o sea con la regla concretamente aplicada. Esto precisamente conforme, una vez más, con aquella verdadera y propia ficción jurídica según la cual la interpretación no ‘crearía’ la ‘norma’, sino que ella tendría solo función ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’) y ‘declarativa’ del –verdadero y único– ‘derecho’ desde siempre contenido en la ‘ley’; derecho (vigente) que las anteriores decisiones judiciales tenían, evidentemente –es esto un presupuesto en todo caso lógicamente implícito del entero *iter* argumentativo–, erróneamente averiguado: ‘error’ en cuanto, justamente, ‘falso conocimiento’ de un *quid* pre-dado, es decir la ‘ley’.

También los sistemas de *common law*, aunque a través del recurso a presupuestos conceptuales y a instrumentos jurídicos diversos, llegan a las mismas conclusiones. La afirmación –mejor: la ‘declamación’– de la función meramente ‘recognitiva’ de la interpretación judicial recorre en efecto también el mundo de los juristas de *common law*, donde –como se afirma desde siempre– el juez se limitaría a ‘declarar’, ‘revelándolo’, un *common law* existente desde tiempo inmemorable (*ab immemorabili*) pero, sobre todo, ‘eterno’ y por tanto ‘inmutable’ (caracteres sobre los cuales fundaría su autoridad pero principalmente su ‘prestigio’). De ello se desprende,

por ende, antes de la formación de cualquier norma judicial. En este caso, como veremos *infra*, § 14, la ‘sustancia política’ de la prohibición de retroactividad de la norma penal incriminadora –constitutiva de una ‘garantía’ de ‘libertad’ de cualquier ciudadano, sancionada, además de a nivel constitucional, por los tratados internacionales– debería valer solo cuando una cierta ‘interpretación’ judicial (y por lo tanto la ‘norma’) andase manifiestamente contra una ‘expectativa’ que se puede presumir ‘razonable’ por parte de un hombre *eiusdem condicionis*; o sea, cuando fuese ‘más allá’ del contexto de posibilidades sobre las cuales puede ‘confiar’ un hombre medio que interpretase el mismo texto legislativo según un razonable ‘arco de expectativas’.

como consecuencia inevitable, que, cuando el juez, a pesar del vínculo normativo de ‘uniformarse’ al ‘precedente’ derivante del principio del *stare decisis*, quiera no obstante ‘apartarse’ de la *ratio decidendi* expresada en el precedente vinculante para ‘adecuar’ la regla jurídica de aplicar en el caso concreto a las mutadas exigencias sociales –pero sin subvertir formalmente el sistema– deba, como hemos visto, necesariamente recurrir a instrumentos, siempre predispuestos por el ordenamiento, entre ellos diversos pero todos igualmente funcionales al fin, como el *distinguishing* y, especialmente, el *overruling*. Instituto del *overruling*, en particular, a través del cual una cierta ‘interpretación’ judicial precedente es rechazada y no es más ulteriormente ‘vinculante’ cuando otro juez (de grado superior o, al menos por lo general, perteneciente, horizontalmente, a la misma corte superior) considere que esa no corresponde al ‘verdadero’ –en cuanto ‘único’– *common law*, que la decisión *overruled* había viceversa ‘erróneamente’ averiguado; con la inevitable consecuencia de la sustancial ‘retroactividad’ de la ‘nueva’ *regula iuris*, desde siempre sin embargo teóricamente justificada a través, una vez más, de la ‘ficción’ de la eficacia meramente ‘declarativa’ de la actividad interpretativa del juez, por lo cual la nueva sentencia no haría más que ‘reconocer’ el ‘verdadero’ derecho como él siempre ha sido.

Los dos sistemas de *civil law* y *common law*, aunque partiendo ambos de la evidente ‘ficción (jurídica)’ de la naturaleza de la interpretación judicial como actividad meramente ‘declarativa’ (= ‘recognitiva’) de un derecho ya existente y por lo tanto, en definitiva, de la ‘ficción (política)’ de la ‘neutralidad’ del juez-intérprete, al cual sería confiada la sola tarea de ‘descubrir’, usando bien la sola lógica argumentativa, la única solución jurídicamente ‘correcta’ para cada caso concreto, divergen sin embargo sobre el plano de los ‘efectos’, ante todo precisamente con referencia al delicado problema de la relevancia (o sea del valor jurídico) a atribuir a la modificación en sentido ‘más desfavorable’ de la interpretación jurisprudencial.

Mientras en efecto en los sistemas de *civil law* la ‘ficción’ de la naturaleza declarativa de la interpretación no permite, al estado de la actual legislación formalmente vigente, incluso constitucional, superar en algún modo⁹⁰,

⁹⁰ Aunque son siempre más frecuentes, a imitación de cuanto sucede en los sistemas de *common law* y en particular en los Estados Unidos, los intentos, por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia (a pesar de que parten de la concepción tradicional según la cual es la ‘ley’ la que crea la ‘norma’), de utilizar –también en los sistemas de *civil law*– (si no directamente el instituto

en función del respeto de las más elementales garantías de libertad, la inaceptable ‘retroactividad’ de la ‘nueva’ disciplina aplicada; todo lo contrario, los sistemas de *common law* resuelven el problema –al menos desde el punto de vista práctico (que al final es lo que realmente importa)– a través del recurso a diferentes mecanismos. En particular, en los Estados Unidos, una vez excluida en materia penal –al menos como regla general– la utilización del instituto del *prospective overruling*, cuando el juez penal quiere dar una interpretación más severa que aquella ‘cristalizada’ en los precedentes judiciales en el momento de la comisión del hecho, individua, afirmándolo formalmente, el nuevo principio de derecho, que es aplicado retroactivamente también en el juicio en curso, pero llegando de todas maneras en concreto a la absolución del imputado utilizando la *defence* del *mistake of law* (‘error de derecho’ además ‘presunto’ en el mismo cambio jurisprudencial); en una palabra, dirían los *civil lawyers*, por falta de ‘culpabilidad’ y por ende de ‘reprochabilidad’ por el hecho⁹¹. Al mismo resultado de la no punibilidad del imputado se llega contrariamente en Inglaterra a través del uso del instituto del *absolute discharge*, con el cual el juez, no obstante la formal declaración de responsabilidad del imputado, se abstiene de aplicar en concreto la pena (siempre que la absoluta e inmediata no punición sea en interés del acusado y no sea contraria al interés público).

También sobre la base de estas consideraciones, se ve sin embargo como, una vez más, la ‘decisión final’ sobre cuál es la ‘norma’ aplicable en el caso concreto –tanto en los sistemas de *common law* como de *civil law*– de todos modos corresponde siempre a cada juez, sobre la base de una ‘elección’ suya puramente ‘discrecional’ y, por lo tanto, inevitablemente ‘política’, con la cual decide si respeta o no la ‘sustancia política’ del principio de garantía de la irretroactividad de la ‘norma’, por él mismo individuada a través de la interpretación, o si es ‘más desfavorable’ respecto de aquella –siempre de

estadounidense del *prospective overruling*, al menos de *iure condendo*) el mecanismo del ‘error de derecho excusable’ con el fin de llegar de todos modos, al final, a la absolución del imputado por falta de la denominada ‘culpabilidad’. Sobre este punto véase, en la doctrina italiana, entre otros, Cadoppi, 2014, pp. 113-115; 191-192; 268 ss.; 316 ss., espec. 321-325.

⁹¹ Con relación al problema de la aplicabilidad del instituto de la ignorancia inevitable de la ley penal en los sistemas de *civil law*, como mecanismo adecuado para garantizar el respeto de la sustancia política de la prohibición de retroactividad de la ‘ley’ más desfavorable frente a la necesaria ‘retroactividad’ de la aplicación de todas las normas penales, véase también *infra*, § 14.

origen judicial (y hasta consolidada)– efectivamente vigente en el momento de la comisión del hecho⁹².

Lo que constituye una ulterior confirmación, así sea desde este ángulo específico, de que en la realidad es cada juez quien ‘crea’ la ‘norma’ a través de la ‘interpretación’ (no importa si de la ‘ley escrita’ o del ‘derecho’ *lato sensu*, según los diversos sistemas). De esto descende luego un ulterior corolario, de la máxima importancia desde el punto de vista de la comparación jurídica: que, aunque partiendo de premisas ordenamentales y dogmáticas aparentemente inconciliables entre ellas, los sistemas de *civil law* y de *common law* son, al final, más ‘vecinos’ de cuanto pueda parecer según un análisis superficial del fenómeno jurídico (especialmente desde el punto de vista de las soluciones que se dan a los problemas que concretamente se plantean). Cercanía que se manifiesta ante todo en la ‘afinidad’ del ‘rol’ desarrollado por los jueces en los sistemas de *common law* y *civil law*, una vez se reconozca la naturaleza efectivamente ‘creativa’ también de la actividad interpretativa de la ley escrita llevada a cabo por estos últimos.

14. El inevitable ‘riesgo’ penal de la ‘interpretación’ por parte de los destinatarios de la norma como consecuencia de su lógica ‘retroactividad’

Si por lo tanto la ‘norma penal’, en cuanto creada en vía de ‘interpretación’ por el juez en el mismo momento en el cual es aplicada, lógicamente no puede más que ser ‘retroactiva’ (respecto a la comisión del hecho histórico objeto de juicio), el verdadero problema es entonces individuar los ‘instrumentos’

⁹² La modificación jurisprudencial de la normativa en sentido ‘más desfavorable’ para el sujeto a juzgar puede derivar no solo desde la perspectiva ‘sustancial’, por ejemplo calificando como delito un hecho que antes no era reconducido bajo una determinada norma incriminadora, sino también –y quizás sobre todo– desde la perspectiva ‘procesal’: piénsese por ejemplo al caso en el cual se quiere considerar ‘suficiente’, a los fines de la prueba necesaria para la condena, la presencia de dos declaraciones de relato (= de oídas), convergentes, por parte de dos imputados en procedimientos conexos o colegados con aquel del juicio, cuando en precedencia se consideraba viceversa que las mismas declaraciones de relato deberían ser, en todo caso, soportadas, para constituir plena prueba, también por las denominadas ‘confirmaciones externas’ (objetivas). A este propósito, piénsese por ejemplo en la ‘interpretación’ que los jueces dan hoy, en Italia, a la fórmula del artículo 192, inciso 3, del Código de Procedimiento Penal (según el cual “Las declaraciones dadas por el coimputado del mismo delito o por persona imputada en un procedimiento conexo [...] son evaluadas junto a los otros elementos de prueba que confirman su credibilidad”) con referencia a la expresión ‘otros elementos de prueba’, si se debe entender como necesidad de confirmaciones ‘externas’ de tipo objetivo respecto al objeto de las declaraciones (en el sentido de proporcionadas por otros y distintos medios probatorios) o bien como suficiencia también de simples ulteriores declaraciones (subjetivas) de imputados en procedimientos conexos o, incluso, como simples confirmaciones ‘internas’ a la misma declaración cuya credibilidad se discute.

(en primer lugar jurídico-institucionales, en cuanto ‘internos’ al mismo sistema ‘legal’) que permitan de todas maneras ‘garantizar’, en la máxima medida posible, la ‘sustancia política’ de la prohibición de retroactividad de las normas penales ‘desfavorables’ (como son, por definición, todas las normas a través de las cuales es punido un comportamiento humano)⁹³, principio contenido, como es notorio, no solo en las Constituciones de todos los Estados democráticos, sino también corroborado en los Tratados internacionales en materia penal generalmente ratificados por los países civilizados⁹⁴.

Ahora, siendo la interpretación de la ley –como de cualquier texto escrito– una actividad evidentemente libre, pudiendo ser llevada a cabo por cualquier persona (*supra*, § 9), el (potencial) destinatario de la norma, dando una cierta ‘lectura’, y por lo tanto ‘interpretación’, de un ‘texto’ de ley⁹⁵, puede, de hecho, considerarse ‘vinculado’, es decir ‘obligado’, a un determinado comportamiento. Es necesario sin embargo una vez más subrayar que eso que constituye el resultado de dicha interpretación no es la ‘norma’, sino una cierta ‘representación’ de ‘norma’; es decir, algo que el particular, precisamente, considera como ‘posible norma’, o sea como posible ‘esquema’ interpretativo-aplicativo utilizable por parte del juez: en una palabra, su, personal, ‘expectativa’ de norma. Por lo cual, en el fondo, incluso en esta perspectiva, lo que se ‘percibe’ como ‘norma’ efectivamente vinculante es solo la interpretación (mejor: la representación de la interpretación) que (eventualmente) será dada por el juez al decidir un caso concreto.

Fundándose por lo tanto solo en su personal previsión (de posibles ‘interpretaciones’ del juez) –tal vez avalada por la ‘opinión’ de un intérprete

⁹³ Comportamiento antes considerado penalmente lícito o bien punido menos severamente. Al contrario, la aplicabilidad también a hechos pasados de una nueva norma que, al continuar señalando ese hecho como delito, lo puniere pero ‘menos severamente’ no violaría, con toda evidencia, la ‘sustancia política’ del principio de irretroactividad de las normas incriminadoras, puesto que viene a ‘ampliar’ la esfera de ‘libertad’ del destinatario. En el sentido de que la aplicación de una norma ‘más favorable’ para el imputado sea además impuesta al juez a nivel constitucional que de tratados internacionales, véase *supra*, nota 88, e *infra*, nota 94.

⁹⁴ Considérense, en particular, el art. 7 CEDH (no obstante la ambigüedad de la específica referencia, entre las fuentes del llamado derecho internacional penal, también a la costumbre y a los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”) y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que prevé explícitamente, entre otras cosas, también la retroactividad de las normas penales favorables: *supra*, nota 88).

⁹⁵ Subraya Kelsen como “también los individuos, que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido”, o sea su ‘personal’ interpretación (1997, p. 349).

calificado del derecho como un abogado—, el particular, inevitablemente, asume el ‘riesgo’ de su comportamiento. Es esto, en mi opinión, el primer, verdadero, ‘riesgo penal’ que recae sobre el ciudadano desde el punto de vista social y político⁹⁶. Obvio que, sobre el plano estrictamente ‘psicológico’ de la eficacia ‘disuasiva’ de la norma (más correctamente: de su personal ‘expectativa’ de norma), el ‘particular’ (menos ‘sagaz’ y astuto) puede (prescindiendo del necesario ‘paso’ de la ‘previsión’ —mejor: ‘predecibilidad’— de la decisión del juez) considerarse directamente ‘vinculado’ justo por la ‘ley’, es decir por la ‘interpretación’ que ‘él’ da a la ley (y por tanto por la ‘norma’ que él cree en vigor). Una vez más, en realidad, lo que existe (más allá de una errónea convicción suya, aunque comprensible políticamente, puesto que tal ‘particular’ está influenciado, obvio, por los ‘condicionamientos’ ‘ideológicos’, todavía comunes, que identifican al ‘legislador’ como el único ‘creador’ del derecho) es su ‘personal representación’ de la ‘ley’ —no la ‘ley’—, entendida como ‘norma’. Esto es, precisamente, una mera ‘expectativa’ de ‘norma’.

Pero ¿hasta qué punto el ordenamiento puede ‘descargar’ este ‘riesgo’ (de ‘interpretación’ de la ‘ley’ penal) sobre el ciudadano? O sea: ¿hasta qué punto el ordenamiento puede cargar al ciudadano el riesgo de algo que no puede personalmente dominar, puesto que cualquier decisión judicial, por definición asignada a un sujeto ‘tercero’, sale seguramente de su inmediata ‘esfera de control’? La respuesta a esta pregunta necesita algunas puntualizaciones preliminares.

En primer lugar, si la ‘norma’ extraíble de un ‘texto normativo’ fuese —desde el punto de vista de la corrección metodológica— siempre una y solo una, es evidente como no tendría ningún sentido la afirmación, común en la doctrina y en la jurisprudencia⁹⁷, de que la ignorancia de la ‘ley’ penal es ‘excusable’ (con la consecuente ‘no punibilidad’ del agente) si es ‘inevitable’,

⁹⁶ Dice con su habitual claridad y eficacia Kelsen: “Cuando un individuo acata una norma jurídica que regula su comportamiento, es decir, cuando quiere cumplir la obligación jurídica que una norma le impone, haciendo efectiva la conducta a cuya contraria la norma jurídica enlaza una sanción, también ese individuo, cuando su conducta no se encuentra determinada unívocamente en la norma que tiene que acatar, *tiene que optar entre distintas posibilidades, pero esa opción no es auténtica. No tiene fuerza obligatoria* para el órgano que aplique esa norma jurídica, *corriendo por ende peligro de ser vista como errónea por ese órgano*, de suerte que la conducta así llevada al cabo por el individuo puede ser juzgada como un delito [cursivas mías]” (1997, p. 355).

⁹⁷ Como entre otras cosas hace, por ejemplo, en la motivación de la sentencia n. 364 de 1988 la Corte Constitucional italiana al declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 5 del Código Penal italiano sobre la inexcusabilidad de la ley penal.

es decir ‘inculpable’; y es tal, entre otras cosas, en particular, como comúnmente es reconocido, precisamente en presencia de relevantes oscilaciones jurisprudenciales⁹⁸. En tal caso es en efecto evidente como la falta de certeza (‘excusable’) sobre la (existencia o alcance de la) ley penal⁹⁹ deriva, entre otras cosas, precisamente –mejor: ante todo– de la falta del correcto funcionamiento de aquellos mecanismos de resolución de las ‘antinomias’ normativas previstos por las normas de ‘organización’ de cada ordenamiento (*in primis*, en los sistemas de *civil law*, la función ‘nomofiláctica’ de la Casación, que debería –institucionalmente– dar vida a una interpretación ‘uniforme’ de cada texto legislativo, o sea a una única ‘norma’, aquella que se afirma ‘correcta’, como instrumento que debería consentir la superación *ex post* de una eventual antinomia ya existente: *supra*, § 11).

Esto significa que la ignorancia ‘excusa’ a causa del ‘incumplimiento’ de los ‘deberes institucionales’ por parte de los ‘órganos’ del Estado, *in primis* los jueces (incluidos aquellos de la Corte Suprema), por la falta de funcionamiento de los ‘mecanismos de garantía’, o sea de ‘estabilización’ del sistema, jurídicamente previstos. Cuanto se ha dicho presupone entonces, lógicamente, que las ‘normas’ sean más, y entre ellas en (potencial) contraste (de lo contrario, si la norma ‘correctamente’ extraíble de un mismo texto normativo fuese solo una, la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal debería ser –al menos tendencialmente¹⁰⁰– ‘absoluta’).

⁹⁸ La “gravemente caótica [...] actitud interpretativa de los órganos judiciales” es en efecto uno de los criterios –probablemente el más relevante en la práctica– explícitamente indicados por la Corte Constitucional italiana (en la sentencia n. 364/1988, cit. *supra*, nota 97, espec. § 27 de su motivación) como ‘síntomáticos’ de la ‘inevitabilidad’ de la ignorancia de la ley penal, y por lo tanto de su ‘excusabilidad’; en el mismo sentido se orienta la doctrina. Sobre el criterio de la falta de ‘taxatividad’, relevante solo si la falta de homogeneidad interpretativa no supera el umbral de una normalidad fisiológica (Corte Constitucional italiana, 31 de julio de 1989, n. 472), y por lo tanto, al final, de todas maneras siempre referible a graves e intolerables contrastes jurisprudenciales, véase *supra*, nota 84.

⁹⁹ Sobre la tutela de la ‘certeza’ se basa en efecto, no casualmente, la sentencia n. 364/1988 de la Corte Costitucional italiana cit. *supra*, nota 97.

¹⁰⁰ Salvo no considerar tal situación de ignorancia como ‘síntoma’ de una particular ‘condición patológica’ del mismo imputado (pero en tal caso eso repercutiría ante todo sobre su imputabilidad) o bien, directamente, sin duda efecto de una ‘patología’ que afecta al mismo sistema: lo que puede suceder o por la incapacidad de parte de las instituciones del Estado para dar adecuada ‘comunicación’ de la relevancia penal de un hecho no ‘sentido’ como tal por la conciencia moral y social de la mayoría, por no decir de la generalidad de los ciudadanos en cuanto no correspondiente a las llamadas ‘normas de cultura’ que rigen en aquel momento histórico en aquella determinada sociedad; o bien –como veremos enseguida– por la violación por parte del mismo legislador del deber de ‘claridad’ en la formulación de la hipótesis de delito, o sea por la violación del principio de

Esto confirma, de otro lado, que, si del principio de la inexcusabilidad de la ignorancia culpable se desprende que el particular tiene el ‘deber jurídico’ de ‘enterarse’ de la existencia de normas penales¹⁰¹, o sea un específico deber de ‘diligencia’ de ‘conocimiento’ del derecho penal vigente, es entonces correcto considerar que el particular-destinatario, frente a un ‘texto’ de ‘ley’, puede –no: ‘conocer’ la ‘norma’, que aún no existe, sino– solo alimentar una ‘razonable expectativa’ de ‘norma’, sobre la base sea del ‘texto’ de ley que de la jurisprudencia anterior contenida en las ‘máximas’.

Dicho de otra forma: incluso bajo la perspectiva del principio de la excusabilidad de la ignorancia inevitable de la ley penal, podemos decir que la ‘ley’ contiene solo una ‘expectativa’ de ‘norma’, es decir la ‘previsibilidad’ de una cierta ‘interpretación’ por parte del juez (y de un consiguiente ‘comportamiento’ judicial). Tanto es que, si esta ‘previsibilidad’ encuentra confirmación, no se podrá invocar una ignorancia inevitable, presentándose una *culpa iuris*; al contrario, habrá ignorancia ‘inevitable’, y por lo tanto ‘excusable’, si el juez va, en su ‘interpretación’ de la ley, ‘fuera’ de, o sea ‘más allá’ de

taxatividad de las incriminaciones. No me parece casual, a su vez, que la regla originaria, contenida en todas las codificaciones más remotas, mayormente ‘sensibles’ frente a las sugerencias iluministas del silogismo judicial como consecuencia del postulado del juez como mera ‘boca de la ley’, era aquella de la absoluta inexcusabilidad de la ‘ignorancia de la ley’, y en particular de la ley penal. Si de hecho –por hipótesis– la norma correctamente extraíble por vía interpretativa de una misma disposición de ley fuese efectivamente una y solo una, siendo entonces la ‘ley’ y por lo tanto también ‘la’ (única) norma a ella correspondiente, por su naturaleza y por ende por definición, intrínsecamente ‘clara’ (según precisamente el ideal iluminista, manifestado también por Beccaria: *supra*, § 3), eso significa que –utilizando los ‘parámetros medios’ propios del derecho– cualquier hombre *eiusdem condicionis*, cual ‘agente-modelo’ perteneciente a la sociedad de la cual aquel determinado ordenamiento jurídico es históricamente expresión, ‘podría’ y ‘debería’ conocer la ‘norma’; con la consecuencia de que su (eventual) ‘ignorancia’ no podría entonces que ser inevitablemente ‘culposa’ y precisamente, ‘inexcusable’. Lo que confirma –establecidos estos presupuestos– la corrección lógica de la ‘presunción absoluta’ de ‘conocimiento’ de la norma (dada justamente su normal ‘cognoscibilidad’ por parte de un hombre medio *eiusdem condicionis*), desde siempre vista, por la doctrina tradicionalmente vinculada al modelo de la identificación entre ‘ley’ y ‘norma’, como *ratio* del principio, de valor ‘absoluto’, de la *ignorantia legis non excusat*. Solo en tiempos relativamente recientes ha hecho camino, de forma contraria, la perspectiva de la ‘excusabilidad’ de la ignorancia ‘inevitable’ de la ley penal, terminando por imponerse como consecuencia de la idea, más general, de que no se puede punir sin la posibilidad de un ‘reproche personal’ a cargo del autor del hecho delictivo; reproche que no puede evidentemente ser formulado con respecto a un sujeto cuando, entre otras cosas, la (fisiológica) antinomia normativa entre ‘interpretaciones’ discordantes no ha podido ser superada a través de los mecanismos de ‘estabilización’ del sistema predispuestos por el mismo ordenamiento.

¹⁰¹ ‘Deber’ que, me parece, descende, en general, cuanto menos implícitamente –al menos para el ordenamiento italiano–, del art. 54, inciso 1, de la Constitución, según el cual todos los ciudadanos tienen el ‘deber de observar’ las leyes de la República; deber que no podría ser cumplido, si no presupusiese lógicamente también el ‘deber de enterarse’ de las leyes mismas.

cualquier ‘razonable expectativa’ sobre la base de la interpretación que del texto puede hacer un ‘profano’, por lo tanto, según el parámetro, ‘objetivo’, del hombre medio *eiusdem condicionis* (el mismo ya universalmente utilizado para la comprobación de la ‘culpa’ por el ‘hecho’), esto es superando los normales ‘límites de tolerabilidad’ según el parámetro objetivo del ‘común modo de sentir’¹⁰² en un determinado contexto histórico.

Hoy, por ende, el ‘riesgo’ de una cierta ‘interpretación’ de la ‘ley’ penal solo hasta un cierto punto puede recaer sobre el destinatario de la ‘norma’ (‘riesgo’ derivante, inevitablemente, del hecho que solo *ex post*, con la concreta interpretación-aplicación de la ley, se sabrá cuál ha sido la ‘norma’, general y abstracta, tomada en consideración por el juez en la decisión sobre el caso concreto, con la consecuencia de su necesaria ‘retroactividad’); superado un cierto límite, en efecto, la ‘incertidumbre’ (de por sí lógicamente ineliminable y por tanto inevitable) no es más ‘razonablemente superable’¹⁰³, y, en consecuencia, ‘políticamente’ –pero también de acuerdo a un común sentimiento de ‘justicia’– ‘aceptable’; por lo cual va a cargo del Estado. Si el Estado, en efecto, pretende del destinatario de la ‘ley’ que éste se active a conocer la misma, permanece, correspondientemente, en todo caso a su cargo la obligación de sus órganos, *in primis* los jueces, de mantenerse, al ‘individuar’ la ‘norma’ aplicable en concreto, en un ‘perímetro’ de posibles soluciones ‘razonablemente previsibles’ por un hombre medio *eiusdem condicionis*.

El ‘incumplimiento’ del Estado para ‘excusar’ la ‘ignorancia’ de la ‘ley’ no puede ser entonces, evidentemente, más que un incumplimiento ‘institucional’ por la falta de funcionamiento de los ‘mecanismos de resolución’ de las

¹⁰² La Corte Constitucional italiana, en la ya mencionada sentencia n. 364/1988, ha individuado, así sea como *obiter dicta*, algunos ‘criterios’, objetivos y subjetivos, de determinación de la ‘inevitabilidad’ de la *ignorantia juris*; a la espera sin embargo, una vez más, de que sea la jurisprudencia quien los concrete, consolidándolos en la llamada ‘praxis aplicativa’.

¹⁰³ Nótese: afirmar que la ‘incertidumbre’ (o en todo caso un cierto margen de incertidumbre) sobre la ley penal es de todas maneras lógicamente inevitable, dada la (fisiológica) ‘retroactividad’ de la aplicación de la norma penal, no contradice sin embargo el hecho de que la ignorancia de la ley penal ‘excusa’ solo si es ‘inevitable’: aquí la inevitabilidad es una inevitabilidad ‘normativa’, en el sentido que se le da cuando la calificación como delito de un hecho concreto por parte de un juez no es ‘razonablemente previsible’ ni siquiera por parte de un hombre medio *eiusdem condicionis*. En síntesis: la incertidumbre que deriva de la ignorancia de la ley es siempre lógicamente inevitable, pero tal inevitabilidad será ‘excusable’ solo si supera el límite de lo ‘razonablemente previsible’. Sobre los ‘límites de tolerabilidad’ del llamado ‘riesgo penal’, a la luz del respeto de la ‘sustancia política’ del principio de ‘personalidad’ de la responsabilidad penal, véase *infra*, en este mismo párrafo.

antinomias normativas, previniéndolas *ex ante* o superándolas *ex post*: o porque el mismo ‘legislador’ ha formulado una hipótesis de delito en términos, de por sí ‘ambiguos’ (violando así su deber de ‘claridad’ en la descripción de los hechos de delitos). O bien porque existen graves y relevantes oscilaciones jurisprudenciales en la interpretación del mismo texto de ley sin que, por ende, se haya podido formar una denominada jurisprudencia ‘consolidada’ (y esto, o por el fallido funcionamiento en el caso específico de la función ‘nomofiláctica’ de la Casación o, en todo caso, por la falta de adecuación a la jurisprudencia de la Corte Suprema por parte de los jueces inferiores); o, al final, también por erradas informaciones sobre el alcance de una ley por parte de autoridades públicas.

La ‘Excusabilidad’ de la ignorancia ‘inevitable’ de la ley penal debe verse, por lo tanto, en sustancia, como una verdadera y propia ‘sanción’ por el ‘incumplimiento’ por parte del Estado de sus ‘deberes institucionales’ de ‘claridad’ –y por lo tanto de ‘corrección’ y ‘buena fe’ en las relaciones con los ciudadanos– incumbentes sobre todos sus ‘órganos’: en particular, en el caso de los órganos ‘legislativos’, por el incumplimiento del deber de garantizar el respeto de los principios de ‘taxatividad’ y ‘determinación’ de las incriminaciones; en el caso de los órganos ‘jurisdiccionales’, por la violación del deber de asegurar, al máximo posible, la ‘uniforme’ aplicación del derecho, condición de garantía, a su vez, del principio de ‘igualdad’ de todos los destinatarios de la ley; en el caso de los órganos ‘ejecutivos’, por la violación del deber de garantizar la ‘confianza’ de los coasociados frente a ‘respuestas oficiales’ de las administraciones públicas, una vez ‘interpeladas’ (siendo evidentemente cualquier solicitud de informaciones uno de los modos con los cuales los ciudadanos cumplen con su deber de enterarse del contenido de la ‘ley’, o, más correctamente, de como vendrá previsiblemente aplicada). ‘Principios’ –cuya ‘garantía’ constituye el ‘contenido’ de otros tantos ‘deberes institucionales’ del Estado– todos, nótese, antes que jurídicos, fundantes del mismo ‘pacto político constitucional’ (el antiguo ‘contrato social’).

Considérese, en particular, que, si efectivamente la Casación desarrollase correctamente su función ‘nomofiláctica’ y los jueces inferiores se adecuaban a su interpretación, se podría concluir que al ‘riesgo penal’ corrido por el ciudadano de ver aplicada retroactivamente la norma incriminadora (en el momento de la decisión judicial) correspondería, igual y contrario a cargo del

Estado, el ‘riesgo de anulación’ que gravaría la sentencia del juez (de mérito) cuando la interpretación de un cierto texto normativo dada por él superase los normales límites de ‘tolerabilidad’ (política y de justicia), capaz de convertir en ‘excusable’ la ignorancia de violar la ‘ley’ penal. En este sentido, existiría una ‘razonable expectativa’ por parte de los coasociados.

El *error iuris* es en efecto, viéndolo bien, un problema no de ‘validez’ de la norma –todas las ‘normas’ creadas por todos los jueces son ‘válidas’, y por lo tanto ‘existentes’, en cuanto efectivamente ‘vinculantes’¹⁰⁴–, sino de ‘eficacia’ de la ‘norma’¹⁰⁵. Lo que explicaría –en mi perspectiva– como una norma en sí ‘válida’ puede ser ‘ineficaz’ (y, por ende, impedir la punibilidad del agente) si no cognoscible en concreto por su destinatario (a causa, por ejemplo, de un cambio –profundo– de la ‘interpretación’ jurisprudencial).

El problema está sin embargo, una vez más, en el hecho que de todas formas –no obstante eso que debería descender pacíficamente a la luz de una correcta relación Estado-ciudadano y teniendo en cuenta los ‘límites’ políticos de garantía de las libertades fundamentales de los coasociados respecto al *ius puniendi* del Estado– al final es siempre el juez quien establece, en concreto, si estamos o no en presencia de una ‘expectativa de norma’ razonable o no y, por lo tanto, quien ‘decide’ sobre la excusabilidad o inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal: en último término, entonces, sobre la licitud o ilicitud del hecho cometido.

Dicho de otro modo, una vez más todo está en las manos exclusivas del juez, sobre la base de una decisión suya ‘incontrolable’ según parámetros realmente ‘objetivos’ (además que por parte de órganos ‘externos’ a la misma corporación judicial), y, por lo tanto, sustancialmente ‘arbitraria’. Esto también porque la misma referencia (para establecer la excusabilidad o no de la ignorancia de la ley penal) al parámetro del hombre medio *eiusdem conditionis* se resuelve, de hecho, en el recurso a una ‘figura retórica’ de *homunculus*

¹⁰⁴ Sobre la absoluta ‘paridad’ de todas –indistintamente– las normas de creación jurisprudencial, veáse *supra*, nota 82.

¹⁰⁵ Dogmáticamente, dicha ‘ineficacia’ de la norma por *error iuris* inevitable sería un ‘límite’ a la ‘vinculatoriedad’, en concreto, de la norma judicial; en una palabra, un elemento ‘negativo’ de la norma. Todas las normas judiciales, en cuanto tales, son *en abstracto* (o mejor: en general) jurídicamente relevantes en cuanto obligatorias-vinculantes; pero tal abstracta vinculatoriedad puede, en el caso concreto, venir a menos si hay, por parte de su destinatario, un *error iuris* reconocido, siempre por el juez, como ‘excusable’ (que vale entonces como ‘límite de eficacia’ de la norma).

cuya concreta individuación es confiada, caso por caso, al mismo juez, y que, la mayoría de las veces, representa la ‘fórmula’ a través de la cual ‘filtran’ las valoraciones ‘axiológicas’ del órgano jurisdiccional (particularmente en la concreta comparación entre los intereses en juego), resolviéndose por lo tanto manifiestamente en una tautología.

Al final, esto es, la ‘última palabra’, aquella definitiva, sobre si excusar o no al autor de un hecho por haber ignorado cometer un delito retorna siempre al juez: lo que significa que todos los mecanismos de garantía del ciudadano –‘internos’ a la corporación judicial– que un ordenamiento puede predisponer operan, de hecho, solo si y en la medida en la cual el juez quiere ‘uniformarse’ con estos mismos mecanismos.

Esto excluye, como es obvio, el valor ‘absoluto’ del principio de ‘certeza’ del derecho, que, siendo prácticamente irrealizable, termina por aparecer entonces como lo que es en realidad, o sea una aspiración solo ‘ideológica’ y, en último término, ‘política’. En la aplicación de la ‘norma’ por parte del juez tenemos, viéndolo bien, solo la ‘justicia del caso concreto’, tolerable políticamente mientras que se mantenga dentro de los límites de un ‘arco de soluciones’ ‘sentidas’ como políticamente ‘aceptables’ en aquel momento histórico. Es esta, en mi opinión, la ‘nueva frontera’ del principio de ‘certeza’, de entender, de manera realista, solo como ‘razonable posibilidad de representación de una norma’ por parte de su –potencial– destinatario.

De otra manera –como habíamos visto– existe la ‘válvula de seguridad’ de la excusabilidad de la *ignorantia legis*, que es el instrumento ofrecido por el ordenamiento para ‘cubrir’ las ‘desviaciones’ más intolerables entre la razonable posibilidad de representación por parte del destinatario de la regla de conducta (= norma) a él aplicable y aquel ‘sentido de justicia del caso concreto’ que, en el momento de la decisión, orienta al juez, pero que el mismo juez considera haber sustancialmente ya orientado (más correctamente: podido orientar) a la persona sometida a su juicio. Si, entre la ‘normación’ que ‘parecía’ ser (en el entendido de ser ‘sentida’ antes de la comisión del hecho como) ‘justa’ por parte de un hombre medio *eiusdem conditionis* y aquella que es ‘sentida’ todavía como ‘justa’ por el juez en el momento del juicio, hay una ‘desviación’ intolerable, el juez tiene la posibilidad de recurrir a la válvula de seguridad de la *ignorantia legis* excusable. Válvula de seguridad,

sin embargo, utilizable por el juez solo en los límites en los cuales considere políticamente oportuno utilizarla.

No obstante eso, se debe considerar que –aunque siendo quizás un simple ‘mito’– la ‘certeza’ del derecho es una instancia política y de ‘justicia’ en cualquier caso de perseguir, al nivel máximo posible (¡ojalá a través del objetivo de la máxima ‘estabilización’ posible de las normas judiciales!), no solo en simple función de ‘garantía’ del ciudadano (que es en todo caso su ‘fin último’) sino en cuanto es ‘co-esencial’ a la ‘idea’ misma de ‘ordenamiento’, como sistema ‘ordenado’ de reglas, por lo cual no puede existir lógicamente ningún ordenamiento jurídico sin una ‘normal’ –en el sentido de: dentro de ciertos límites ‘razonables’ de ‘tolerabilidad’– ‘previsibilidad’¹⁰⁶ de comportamientos ‘uniformes’ por parte, ante todo, de las instituciones (*in primis*, los jueces).

15. Valor ‘político’ de las ‘elecciones’ del juez y consecuencias en el plano de la ‘legitimación democrática’ de su actividad ‘interpretativa’

Si la ‘interpretación’ de la ‘ley’ no es vista, por lo general –al menos a nivel de ‘declamación’–, como verdadera y propia ‘actividad creativa’ del derecho (más bien, en el derecho penal, la única verdadera fuente de normas), esto se debe, en mi opinión, a la circunstancia de que, al menos en la mayoría de los casos, el juez ‘parece’ aplicar la ‘ley’ (escrita). Lo que sucede sin embargo cuando sus ‘evaluaciones’ –como ocurre por lo general todavía hoy– se muevan sustancialmente a lo largo de la misma línea ‘política’ de ‘valores’ del llamado ‘legislador’ (es decir de quien, en democracia, posee provisionalmente la mayoría política), o sea donde exista una sustancial afinidad ‘cultural’ e ‘ideológica’ de la ‘clase judicial’ con la ‘clase política’ en su conjunto.

Viéndolo bien, sin embargo, la misma búsqueda de la ‘intención’ política del ‘legislador’ histórico no siempre es, sin más, teóricamente hipotizable o en todo caso tal de portar, prácticamente, a su segura identificación. Eso es en efecto posible, al máximo, solo para las ‘leyes’ más recientes. Sin contar a su

¹⁰⁶ Esto no significa, obviamente, que también su contrario, la ‘imprevisibilidad’, deba considerarse políticamente ‘tolerable’ siempre que se mantenga dentro de ciertos límites ‘razonables’. La ‘previsibilidad’ según la figura ‘ideal’ del hombre ‘medio’ *eiusdem condicionis* es, en efecto, de todas formas, el límite infranqueable para poderse hablar de ignorancia ‘evitable’ y por tanto ‘inexcusable’ –en una palabra: ‘culpable’– de la norma por parte de su destinatario: la ‘tolerabilidad’ contribuye en efecto solo a identificar la llamada ‘normal previsibilidad’ (más correctamente: ‘predecibilidad’) de las decisiones judiciales y por tanto de las ‘normas’ que se aplicarán.

vez como las ‘leyes’ nacen, en su mayoría, de ‘compromisos’ entre diferentes (o incluso opuestas) instancias políticas, por lo que su formulación es siempre más frecuentemente de difícil ‘lectura’ si no deliberadamente ‘ambigua’, con tal de dar a todos la posibilidad de ‘interpretarlas’ según la visión política de cada uno (Ross, 2007, p. 404)¹⁰⁷. Así perdiéndose de vista, sin embargo, lo que debería constituir la ‘razón’ misma de la ‘ley’, es decir la necesaria ‘generalidad’ y ‘abstracción’, garantía de la ‘igualdad’ de tratamiento de los ciudadanos.

Pero cuando se trata de ‘actos normativos’ viejos o viejísimos, que *in re ipsa* no responden más al mutado ‘contexto social’, la individuación de la ‘norma’ concretamente aplicable es inevitablemente remitida solo al juez; lo que es también legitimado, desde el punto de vista teórico, a través del recurso a la –intrínsecamente ambigua– interpretación denominada ‘evolutiva’ (*supra*, § 8), con la cual se reconoce que la ‘ley escrita’ ya no puede, de por sí, expresar algún contenido normativo políticamente satisfactorio en aquel determinado contexto social, donde la ‘elección política’ es reenviada sin duda al juez.

En otros términos, la interpretación ‘evolutiva’ es una ulterior prueba de que la única verdadera ‘norma’ es la ‘judicial’. Tanto es así que el ‘legislador’, cuando quiere ‘adecuar’ una ‘ley’ a las mutadas exigencias de la sociedad (tal vez, precisamente para rechazar, políticamente, una cierta ‘interpretación’ consolidada de la jurisprudencia)¹⁰⁸ utiliza el instrumento técnico de la denominada ley de ‘interpretación auténtica’, que no es más que una ‘nueva’ ley con la cual se quiere lograr el objetivo de la ‘retroactividad’ de la normativa sin hacerlo figurar formalmente. Con eso, reconociéndose implícitamente, pero en forma clara, que la ‘interpretación’ es, sustancialmente, ‘creación’ de ‘nuevo’ derecho, que antes no estaba (o aún no había aparecido)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, sustancialmente, ya Antolisei, 1960, p. 68, quien utiliza ante todo este argumento para justificar su posición a favor de la teoría ‘objetiva’ de la interpretación (*supra*, nota 47).

¹⁰⁸ Contrariamente a cuanto se dice con frecuencia, considero que para las leyes interpretativas la única *ratio* ‘objetiva’ es aquella de ‘actualización’ de la normativa vigente, siendo el ‘fin’ –además meramente eventual– de superar contrastes interpretativos o una interpretación jurisprudencial ‘no grata’ solo el ‘motivo subjetivo’ del legislador histórico.

¹⁰⁹ Sin contar, luego, que la misma ley de interpretación auténtica por parte del legislador es, a su vez, objeto de interpretación judicial; por lo cual, una vez más, la última palabra regresa al juez.

Si por lo tanto la ‘individuación’ (o sea, fuera de metáfora, la ‘creación’) de una ‘norma’, cual fruto de la actividad interpretativa del juez, constituye el resultado –más allá de cualquier ‘ficción’ formalista-positivista– no de una ‘deducción lógica’, sino de una ‘evaluación’ y por lo tanto de una precisa ‘elección’ del órgano jurisdiccional, se deriva que la ‘norma’, en cuanto resultado de una opción ‘valorativa’, es por su naturaleza y esencia fruto de una ‘decisión’ intrínsecamente ‘política’. Esto significa, en otras palabras, que las sentencias (como subrayan desde hace tiempo los partidarios del ‘realismo jurídico’ norteamericano)¹¹⁰ se apoyan siempre en decisiones políticas ‘enmascaradas’.

El reconocimiento, en una perspectiva ‘realista’, de que única efectiva fuente de la ‘norma’ penal es la actividad ‘interpretativa’ del juez aparece con mayor evidencia en períodos históricos, como el actual, en el cual la normativa penal de fuente (aparentemente) ‘legislativa’, siendo fruto –como he dicho– de una tendencia marcadamente ‘compromisoria’, termina de hecho con el ‘descargar’ sobre la autoridad jurisdiccional, como consecuencia inevitable de una falta de ‘claridad’ de elección ‘política’ del Parlamento¹¹¹, la tarea de ‘mediar’ entre opuestas instancias de tutela, transfiriendo por lo tanto integralmente al juez las verdaderas y propias elecciones de ‘política criminal’. Lo que, evidentemente, abre el camino a la denominada ‘suplencia’ judicial a través de la llamada ‘interpretación’, en realidad verdadera y propia ‘creación’ del derecho, como resultado, ante todo, de la ambigüedad, y, por tanto, de la no ‘claridad’ de la ley. Y es necesario aquí recordar, una vez más, como justamente Beccaria veía en la ‘oscuridad’ de las leyes la causa –o una de las causas principales– de la arbitrariedad judicial¹¹².

¹¹⁰ Así Fiandaca, quien habla de “‘escepticismo normativo’ de ciertos estudiosos estadounidenses posmodernistas”, por él tachados de “posiciones extremistas” (Il giudice, 2002, p. 23).

¹¹¹ Siempre que, adicionalmente, la falta de claridad y suficiente univocidad del texto normativo no sea ella misma fruto de una precisa elección del legislador de confiar al juez una ‘delega’ sustancialmente ‘en blanco’ en la determinación concreta de la pena o en la misma individuación del hecho de delito (abriendo así camino al notorio fenómeno de la llamada ‘suplencia judicial’): véase, como ejemplo paradigmático de este modelo de técnica legislativa, el art. 69 del Código Penal italiano, en el cual, en presencia de un hecho de delito acompañado de circunstancias sea agravantes que atenuantes, se le da al juez el poder de hacer un juicio de ‘comparación’ y, consecuentemente, de ‘balance’ entre ellas prácticamente sin límites efectivos, careciendo entre otras cosas la indicación por parte del legislador de cualquier criterio capaz de guiar el ejercicio de aquel poder.

¹¹² *Supra*, § 3.

Importante aparece en este punto subrayar, en particular, el estrecho paralelismo que media entre la crisis de la ‘legalidad formal’ y la crisis –política– del ‘legislador’ como centro de ‘mediación’ de intereses y, en consecuencia, como centro de la producción ‘normativa’. Crisis de la legalidad, entonces, como crisis del Parlamento cual (único) centro ‘decisional’ de tipo ‘democrático’ (o, quizás, incluso, crisis de la misma democracia ‘representativa’, como la conocemos: o sea como democracia ‘liberal parlamentaria’). Y, si la legalidad ‘formal’ es el ‘límite político’ de la ‘fuerza’ (es decir, fuera de metáfora, de la violencia) de quien detenta el ‘poder punitivo’, no hay duda de que una vez entrada en crisis la legalidad formal la fuerza, ya no limitada, recupera su plena expansión; por lo cual el ‘derecho’ es aquello puesto –mejor: ‘impuesto’– por quien, en el actual contexto histórico, tiene la ‘fuerza política’ para imponerse, es decir los jueces.

Como hemos visto, solo por un ‘prejuicio’ se continúa, normalmente, en particular en el sector penal del ordenamiento, a ‘sobreevaluar’ la ‘ley’, atribuyéndole, casi por una suerte de (retórica) ‘inversión’ conceptual (paralela, nótese, a la que, aún hasta hoy, lleva a confundir la ‘disposición’ con la ‘norma’), la ‘naturaleza’ de ‘verdadera’ (y, sobre todo, única) ‘fuente’ de la ‘regla’. Prejuicio que encuentra, naturalmente, una ‘justificación’ –no solo en el ‘legalismo’ de molde positivista, hijo directo de la separación de poderes, sino también– en la mayor ‘autoridad’ (aunque hoy solo formal) de la ley, descendiente de la ‘forma de gobierno’ de los ordenamientos democráticos, o sea de las ‘normas de organización’ del sistema; mayor autoridad ‘política’ de la ‘ley’, como está sancionado, formalmente, también por el principio constitucional de ‘sujeción’ del juez a la ‘ley’¹¹³. Siendo sin embargo, a su vez, los principios constitucionales expresión de aquellas ‘normas organizativas’ que, efectivamente, solo las ‘prácticas constitucionales’ que reglamentan las relaciones entre ‘poderes’ del Estado contribuyen a ‘dilucidar’ (o sea a extraer en vía ‘interpretativa’, aunque sea no a través de la referencia a signos lingüísticos, sino a través de comportamientos concretos que, de hecho, definen las relaciones entre ‘poderes’), dichas ‘normas de organización’ valen solo en los límites en los cuales reflejen las reales relaciones ‘políticas’ de ‘fuerza’ capaces de asegurar su eficacia vinculante.

¹¹³ Véase en este sentido, textualmente, el art. 101, inciso 2, de la Constitución italiana: “Los jueces están sujetos solo a la ley”.

En otras palabras: dada la inevitabilidad lógica de la interpretación judicial en función de la concreta aplicación de la ley penal, corresponde siempre, en todo caso, a cada juez –en cuanto titular exclusivo del poder jurisdiccional en relación con el caso objeto de decisión– ‘llenar’ de contenido el principio de ‘sujeción a la ley’ (o sea a la ‘voluntad política’ del ‘pueblo soberano’ expresada en un documento escrito) estableciendo si y en qué límites dar concreto ‘significado normativo’ a dicho ‘vínculo’, político aún antes que jurídico-institucional. Lo que depende, evidentemente, de la ‘dinámica’ de las efectivas relaciones políticas de fuerza entre los diversos ‘poderes del Estado’ existentes en un determinado momento histórico, o sea de la denominada ‘constitución material’, y del contexto de valores ideológico-culturales dentro de los cuales se mueve en concreto el juez.

La ‘sujeción’ del ‘juez’ a las evaluaciones ‘políticas’ de la ‘ley’ valdrá entonces solo en los límites en los cuales el poder judicial, al menos en su conjunto, considerará políticamente ‘sobreordenado’ el Parlamento, en cuanto expresivo del llamado poder legislativo. Por tanto, es por eso que, si aún hoy el poder judicial sigue, al menos en términos generales, las ‘líneas políticas’ dictadas por la ‘ley’, ello sucede porque las reales ‘relaciones políticas de fuerza’ (que dan vida a la llamada constitución ‘material’) son tales que el ‘poder judicial’, en su conjunto, continúa a aceptar la preeminencia ‘política’ del Parlamento. Lo que explica como la ‘ley’ sea aún hoy vista (aunque en vía de mera ‘ficción’ y de reverencia formal) como ‘preeminente’ respecto a la ‘interpretación’ judicial.

Decir que la ‘norma’ es el resultado de la actividad ‘interpretativa’ del juez no excluye a su vez que este resultado pueda también ser, en concreto, correspondiente (o, incluso, idéntico) al resultado al cual se llegaría a través de una simple lectura del texto de la ‘ley’ por parte de cualquier intérprete no calificado. En realidad, es solo la ‘ideología’ acogida, en un determinado momento histórico, por parte de la institución ‘judicial’, considerada en su conjunto, teniendo en cuenta las ‘relaciones políticas de fuerza’ con los otros ‘poderes’, la que determina el acogimiento de un ‘tipo’ u otro de ‘metodología’ de la ‘interpretación’ a través del cual ‘racionalizar’ *ex post* una decisión en todo caso ya tomada utilizando ciertos ‘cánones hermenéuticos’ en vez de otros (por ejemplo, pasando del método ‘lógico-sistemático’, tradicional, a aquel

‘teleológico’)¹¹⁴, a través de los cuales ‘motivar’ (o sea ‘justificar’ delante de una instancia política reconocida como superior, al menos formalmente: rey, pueblo, etc.) su decisión. Es decir, el juez ‘antes’ decide y ‘después’ justifica su decisión a través de ‘procesos argumentativos’ en lo posible ‘racionalmente plausibles’¹¹⁵.

Obvio entonces que, si el juez decide, políticamente, respetar (cuanto menos) ‘formalmente’ la ‘ley’, ‘respeto’ a que es la manifestación de la aceptación (en línea de máxima) de una ‘ideología legalista’, cuando quiera en concreto ‘apartarse’ de la ‘ley’ (o sea de la ‘voluntad política’ de esa, *prima facie*, extraíble), recurrirá, para ‘justificar’ *ex post* una decisión sustancialmente ‘subversiva’, a cánones hermenéuticos fundados sobre ‘ficciones’ de formal ‘reverencia’ a la voluntad legislativa¹¹⁶.

Pasar de un método interpretativo a otro está en efecto históricamente condicionado, ante todo por una ‘redistribución’ política del ‘poder’¹¹⁷ como consecuencia de un proceso de transformación de la sociedad en sentido ‘democrático’ o ‘aristocrático’. Y no hay duda que actualmente, en muchos sistemas jurídicos democrático-occidentales, hay un proceso en curso de redistribución ‘política’ del ‘poder’, evidenciado por la cada vez más profunda ‘ruptura’ (si no incompatibilidad) entre el poder legislativo-ejecutivo por un lado y el poder judicial por el otro. Y, en la prospectiva de la efectividad de

¹¹⁴ Sobre los diversos métodos de interpretación de la ley véase, entre otros, Antolisei, 1960, p. 70 ss.

¹¹⁵ Esto, evidentemente, a fin de dar cumplimiento a aquella obligación de ‘motivación’ de las sentencias, impuesta ahora también a nivel constitucional (véase, por ejemplo, el art. 111, inciso 6, de la Constitución italiana), para hacer posible, entre otras cosas, también el ‘control’ de la ‘opinión pública’ sobre la decisión. Control sin embargo de por sí ciertamente insuficiente para garantizar la ‘legitimación democrática’ de la actividad judicial (*infra*, § 17).

¹¹⁶ Obsérvese como la primera ‘válvula de seguridad’, en este sentido, ha sido precisamente la ‘interpretación’ del enunciado lingüístico ‘intención del legislador’ contenido en las disposiciones que (como por ejemplo, en Italia, el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general: *supra*, nota 55) regulan la misma actividad interpretativa, expresión ahora generalmente entendida –en un sistema ‘formalmente’ todavía ‘legalista’ como el italiano– no como voluntad del ‘legislador’ histórico (aunque se puede admitir que hoy pueda ser todavía exactamente individuada, así sea con el auxilio de los trabajos preparatorios: *supra*, § 15), sino como voluntad abstracta de la ‘ley’ (o sea como *ratio legis*): *supra*, notas 17 y 47. Además, piénsese en la idea de la llamada voluntad ‘presunta’ del legislador, puesta a la base de la interpretación ‘extensiva-evolutiva’ (*supra*, § 8).

¹¹⁷ Dice Monateri: “Quien puede interpretar un texto tiene el *poder* de atribuir un sentido a ese texto, y, por tanto, la cuestión de la interpretación es una cuestión de *poder* [cursivas del Autor]” (1993, p. 53). Piénsese además en el significado etimológico del lema *pontifex*: el intérprete de la palabra de Dios es quien tiene el poder, exclusivo, de hacer de ‘puente’ entre el hombre y Dios; lo cual muestra la importancia de la ‘mediación’ de la interpretación de los textos sagrados en el catolicismo y la negación de ella hecha por la teología protestante.

los ordenamientos jurídicos, como la historia y la experiencia jurídica nos enseñan, cuando el Parlamento es políticamente débil todo se reduce a la absoluta ‘arbitrariedad’ judicial, incluso si, hipotéticamente, las leyes fuesen técnicamente respetuosas del principio de estricta legalidad-taxatividad en cuanto formuladas en términos claros y verificables al máximo posible¹¹⁸. Esto porque la ‘última palabra’ corresponde, en todo caso, a la ‘corporación’ de los jueces.

El problema de la interpretación judicial como cuestión de poder se mueve entonces hoy entre los dos polos de la ‘juridicización/judicialización de la política’, entendida como efectiva ‘subordinación’ de la política y, por lo tanto, de las elecciones del Parlamento contenidas en la ley a las elecciones ‘interpretativas’ judiciales (o, peor aún, como posibilidad de someter indiscriminadamente a proceso penal las personas físicas que tienen la representación política del poder legislativo), y de la ‘politización de la justicia’, como finalización y utilización de las decisiones judiciales cual instrumentos, directos e inmediatamente eficaces, para hacer política, tal vez según valores diversos de aquellos acogidos por la mayoría parlamentaria en un determinado momento histórico, perspectivas ambas que se pueden considerar cómo patologías del sistema jurídico¹¹⁹.

16. Las soluciones políticas adoptables frente a los casos de ‘patología’ en la interpretación judicial

En cuanto único actor efectivo del proceso de producción normativa penal¹²⁰, superada la ‘ficción’ de la ‘neutralidad’ de su actividad interpretativa

¹¹⁸ Incluso aquellos que se mueven en la óptica tradicional, que ve en la ley la fuente –además ‘exclusiva’– de las normas, deben en todo caso, al final, reconocer que ‘estricta legalidad’ formal y ‘arbitrio judicial’ son, desde el punto de vista teórico, términos inversamente proporcionales: tanto más falta la una tanto más crece la incertidumbre jurídica y, paralelamente, decrece la tasa de garantismo (o sea las garantías), como consecuencia del crecimiento del arbitrio judicial. Sobre el punto véase Ferrajoli, 2001, cap. II, *passim*; cap. III, *passim*, espec. p. 166 ss.

¹¹⁹ Para una enérgica denuncia de la ‘judicialización’ de la política y de la ‘politización’ de la justicia, aunque en una perspectiva parcialmente diversa de aquella a la aquí acogida, véase Agudelo, 2014, p. 249 nota 156; véase también p. 117, nota 51.

¹²⁰ Podemos así concluir que, en la experiencia jurídica penalista, el ‘derecho’, que es creado exclusivamente por la actividad interpretativa de los jueces, no puede teóricamente confundirse más con la ‘ley’ del Parlamento, contentiva de una mera ‘propuesta política’ de norma. Así como, en consecuencia, el ‘hecho penalmente relevante como delito’ no es, a diferencia de lo que normalmente se repite, el hecho previsto por la ley penal sino aquel verificable y concretamente verificado (en el sentido de que su existencia ha estado ‘convencionalmente’ afirmada) a través del proceso (Trapani, 2014, p. 652 ss.).

como meramente ‘recognitiva’ (= ‘recognoscitiva’) del contenido de la ‘ley’ –expresión ‘normativa’ de la voluntad política del ‘soberano’ que, en democracia, es el ‘pueblo’ a través de sus representantes, o sea el Parlamento–, el juez asume una segura ‘connotación política’, siendo (lógicamente) política –en cuanto vinculada a ‘opciones’ de ‘valor’– su actividad institucional.

Pero –y este es el punto fundamental– bien distinta es la situación según que el juez, siempre políticamente, se sitúe en un horizonte ideológico-cultural ‘colaborativo’ con el legislador (es decir se mueva a lo largo de su misma línea política de ‘valores’), limitándose a ‘adecuar’, en función de ‘concretización’ al caso sometido a su examen, las ‘elecciones generales’ de política criminal llevadas a cabo por la ley¹²¹; o bien, por el contrario, se mueva en una óptica ‘antagónica’, de ‘conflicto’, con el Parlamento –o sea con la única institución democráticamente legitimada para expresar posiciones políticas–, si no hasta en una lógica de verdadero y propio ‘contrapoder’ político.

Aunque es obvio que, en un Estado democrático y liberal, todos los poderes y las instituciones del Estado deberían –¡teóricamente!– siempre actuar y moverse en una lógica de ‘compartir’ los objetivos políticos trazados por quien legítimamente está autorizado a expresarlos de acuerdo a cada Constitución, la realidad aparece en cambio con toda su ‘crudeza’ cuando

¹²¹ Incluso partiendo de la opinión tradicional y todavía hoy dominante de que la ‘ley’, entendida como acto normativo escrito, sea verdadera –en el sentido de ‘efectiva’– fuente del derecho, no se puede negar que la actividad interpretativa del juez, en cuanto necesariamente ‘especificativa’ de la ‘norma de ley’ (dada también la ‘reserva de jurisdicción’ en materia penal: véase por ejemplo el artículo 13 de la Constitución italiana) sea, dentro de estos límites, en todo caso ‘creativa’ (o mejor: parcialmente o ulteriormente creativa) de la norma aplicable y concretamente aplicada (*supra*, nota 23). En efecto la norma ‘judicial’, en cuanto presupuesto lógico de la decisión (y contenida en la ‘motivación en derecho’ de la sentencia, en la cual asume la forma lingüística de ‘máxima’: *supra*, nota 62), es de todas maneras también ella general y abstracta (es decir, que tiene una ‘estructura semántica’ idónea para funcionar, potencialmente, para una serie indefinida de casos futuros; en contra sin embargo Kelsen, *supra*, notas 42 y 46, quien ve en la interpretación judicial solo una fase especificativa del proceso ‘jerárquico’ de producción del derecho), aunque con ámbito aplicativo ‘reducido’ por efecto de la ‘especificación’ de su contenido y por tanto según un ‘grado’ de generalidad y abstracción diverso, y, lógicamente, ‘menos amplio’ respecto a aquel propio de la norma de ‘ley’. Esto, repítase, incluso cuando se considera, con la doctrina tradicional, que la norma ‘judicial’ sea individuada por el juez, a través de la interpretación, en vía puramente lógico-deductiva en cuanto ya contenida en la ‘más amplia’ norma de ley. En esta perspectiva, por tanto, se debe pues también considerar que entre más el supuesto de hecho ‘legal’ sea ‘abierto’ o ‘indeterminado’ (o mejor dicho: más ‘general’ y ‘abstracto’) más ‘natural’ es, lógicamente, la intervención –‘creativa’– del juez en función interpretativa-especificativa de la ley. En otras palabras, también en la perspectiva de la doctrina tradicional (como está comparativamente demostrado por las relaciones *statute law-common law*), existe una correlación ‘inversamente proporcional’ entre el grado de ‘especificación’ de las ‘leyes’ y el grado de ‘creación’ en la ‘interpretación’ por parte del juez.

jueces y legisladores se mueven según perspectivas diversas. Precisamente, en una situación de éste tipo resulta claro como las *regulae juris* efectivamente vigentes sean, justamente, aquellas ‘creadas’ por los jueces, y no aquellas que el legislador esperaba.

En el momento histórico actual la ‘crisis’ se manifiesta, precisamente porque ‘legislador’ y ‘jueces’ se hacen, cada vez más, portadores de instancias ideológico-políticas entre ellas conflictivas (subrayando una situación antes ‘escondida’ bajo el velo ‘formal’ de la ‘unidad ideológica’ entre los diversos ‘poderes’ del Estado); lo que evidencia, en forma clamorosa, como la ‘realidad’ de la ‘dinámica’ jurídica global (es decir, tanto la ‘creación’ como la ‘aplicación’ del derecho), específicamente penal está, de hecho, totalmente en manos de la clase burocrática de los ‘magistrados’ (con la consiguiente, sustancial, inexistencia de una efectiva separación de poderes); y como ahora la figura del ‘legislador’ aparece, pálidamente, como solo una (y, quizás, ni siquiera la más importante) de las ‘instancias políticas’ de las cuales proviene el ‘material’ del cual los jueces extraen (más correctamente: pueden extraer) la efectiva malla de ‘reglas’, es decir el sistema ‘jurídico’ realmente vigente (o sea ‘existente’ en cuanto efectivamente ‘vinculante’).

Ejemplo evidente de cuanto estamos diciendo se presenta, en particular, cuando el juez quiere ‘leer’ algo que, quizás, no solo no está en la ley (más correctamente: en la voluntad política del legislador histórico), a través de una interpretación denominada *praeter legem*, sino que además va en ‘contra’ del claro significado semántico de las palabras usadas en el texto de la ley (es decir su ‘letra’), según su ‘sentido común’ (por ejemplo, ‘leo’ 10 cuando en la ley está escrito 20, yendo así en contra del inequívoco significado de los elementos más taxativos hipotizables como aquellos ‘cuantitativos’), a través de una interpretación hasta *contra legem*.

Cuando la ‘solución’ de un similar contraste entre ‘expectativa (político-legislativa) de norma’ y ‘norma efectiva’ –por razones muy distintas, tales como imponerse nuevas relaciones políticas de fuerza entre los diferentes ‘poderes’ del Estado– no pueda ser ya hallada al ‘interior’ de la misma corporación judicial en sede de instancias superiores de control, ni siquiera a través del correcto obrar de la función ‘nomofiláctica’ atribuida a la Corte Suprema y por lo tanto a través de los mecanismos jurídicos formalmente predispuestos por el ordenamiento, es evidente que estamos en presencia de

una gravísima ‘patología’ del sistema, en la cual ni siquiera los legisladores constituyentes han probablemente pensado, pero que existe o podría de hecho manifestarse. Problema por tanto puramente ‘político’ que puede, en consecuencia, ser resuelto solo políticamente.

Pero es aún más grave la situación en el caso en que los jueces se hacen (más o menos) explícitamente promotores, autoproclamándose ‘intérpretes’ –quizás exclusivos–, de una ‘moral pública’ no precisamente identificada –puesto que en una sociedad democrática y pluralista, por definición (a diferencia de un modelo de Estado ‘ético’ del cual la historia reciente nos ha proporcionado dramáticos ejemplos), no pueden existir ideas políticas, ideologías y concepciones morales, que deban necesariamente ser comunes a todos los coasociados–, haciéndose artífices activos de la ‘moralización’ de una sociedad (considerada) tendencialmente ‘corrupta’, a través de la ‘lucha’ contra algunas manifestaciones criminales, pero no solo por ellos consideradas moralmente y/o socialmente ‘intolerables’; o bien cuando los mismos jueces se autodefinen ‘defensores de los derechos’ de los más débiles, defensa conducida no de acuerdo con una ‘justa’ aplicación de la ley, en cuanto ‘correcta’ conforme al sentir del legislador, o sea de la mayoría parlamentaria, sino según su ‘personal’ visión política e ideológica, tal vez tendiente a superar la misma ley (o sea la voluntad del Parlamento), en nombre de –consideradas por ellos– instancias jurídicas ‘superiores’ (como, por ejemplo, la Constitución o los Tratados internacionales.), pero libremente, a su vez, por ellos mismos ‘reconstruidas’ en vía ‘interpretativa’, o de instancias *tout court* ‘equitativas’ en sentido lato¹²²: en una palabra, pura y exclusivamente ‘políticas’, en cuanto

¹²² Véase el inicio del Capítulo IV de la obra *De los delitos y de las penas*, dedicado a la Interpretación de las leyes, donde Beccaria parece responder también a las posibles objeciones de quien intenta dar relevancia, en la aplicación de la ley, a exigencias de ‘equidad’ que se manifestarían –como en la transición de la Edad Media y del Renacimiento al *Ancien Régime*– cuando la evolución histórica impone una ‘re-actualización’ de la ley, de interpretar entonces según las circunstancias del presente (la llamada ‘interpretación evolutiva’: véase también *supra*, § 8); parágrafo donde, entre otras cosas, se ubican en una relación de tipo puramente ‘utilitarista’ las ventajas (presuntas) y las desventajas (muchas) de permitir, en estos casos, la interpretación. Con lo cual, me parece, se pone de relieve cómo Beccaria, una vez más, no se mueve dentro de una lógica ‘absoluta’, moral, de ‘bueno’ o de ‘malo’, sino solo dentro de una óptica de máxima ‘utilidad’ para los ciudadanos: prescindiendo en efecto de los principios garantistas y de los presupuestos, teóricos, de las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley como de las teorías contractualistas (presupuestos de los cuales sin embargo parte), las ‘desventajas’ de una ‘libre interpretación’ son en efecto –en opinión de Beccaria– superiores a las ‘ventajas’ que los ciudadanos podrían obtener de ésta desde el punto de vista de la ‘seguridad’ jurídica y, por lo tanto, de su libertad ‘política’, que está en la base de la unión de los hombres en sociedad a través del ‘contrato social’. Además, la respuesta a las

expresiones de ‘justicia sustancial’; ‘ideologías político-criminales’, detrás de las cuales en último término existen ‘visiones del mundo’ ‘aristocráticas’ (mejor: ‘oligárquicas’) y, por ende, autoritarias cuando no decididamente totalitarias¹²³.

Aun admitiendo que la ‘interpretación’ del juez, cuando éste se mueva a lo largo de la misma ‘línea’ político-cultural del legislador, pertenezca a la ‘fisiología’ del sistema, en cuanto lógicamente imprescindible frente a un texto escrito de ley, que ‘vive’ solo en cuanto sea ‘interpretado’, debemos entonces tener en cuenta también la llamada ‘patología’ del sistema, cuando el juez se mueva, viceversa, en una óptica político-cultural ‘antagonista’ respecto a las elecciones políticas del legislador, de las cuales la ley escrita constituye la ‘cristalización’.

Establecido de todas maneras que en ambos casos la actividad del juez es sin duda ‘creativa’ del derecho, una vez desgarrado el velo de la hipocresía que está detrás de la ‘ficción’ del juez como mero ‘aplicador’ de la ley a la situación concreta, es sobre todo en los casos que hemos definido de ‘patología’ del sistema penal que el problema –político e institucional– del ‘control democrático’ de la actividad del juez se evidencia de manera políticamente dramática. Dicho más claramente: justo la posibilidad de un ‘antagonismo’ judicial respecto al Parlamento impone afrontar, políticamente, el problema de la ‘legitimación democrática’ de la actividad de los jueces, en particular del ‘resultado’ de su actividad interpretativa como ‘creación’ de las únicas normas –al menos penales– efectivamente vigentes.

mutadas exigencias de la sociedad es que éstas deban constituir un incentivo para que el legislador intervenga (véase también, en este sentido, Verri, 1960, pp. 487-488). Siempre según Beccaria, entonces, la legitimidad de una ley se puede apoyar solo sobre el consenso actual de la ‘sociedad viviente’. Como subraya Audegean (2011, p. 26 ss., espec. p. 28), para Beccaria, “*Les lois sont donc toujours l’émanation présente de la souveraineté: elles sont toujours actuelles et il n’est nul besoin de les actualiser. [...] Mais le contexte théorique est différente et son but n’est pas ici d’établir le fondement conventionnel et non héréditaire de la souveraineté, mais de nier la légitimité de l’acte herméneutique du juge*”. [Trad.: “Las leyes son por tanto siempre la emanación presente de la soberanía: ellas son siempre actuales y no hay necesidad de actualizarlas. [...] Pero el contexto teórico es diferente y su fin no es aquí establecer el fundamento convencional y no hereditario de la soberanía, sino más bien de negar la legitimidad del acto hermenéutico del juez”].

¹²³ También hoy en día, detrás de la pantalla ‘formal’ –y de justificación ‘política’– de la ‘interpretación’ de la ‘ley’, está en muchos casos, en realidad, la búsqueda de soluciones prácticas de ‘justicia sustancial’, fuera y más allá incluso de cualquier intento de justificación hermenéutica. Sobre el significado y el alcance de los modelos ‘antiformalistas’ y ‘sustancialistas’ en el derecho y en el proceso penal, véase Ferrajoli, 2001, espec. p. 40 ss., p. 98 ss., y Trapani, 2014, p. 632 ss.

Ahora bien, como la norma penal a través de la sanción incide sobre aquel bien fundamental del hombre que es su libertad personal (y esto ya en la fase procedimental-procesal mediante las medidas cautelares carcelarias) y aún antes sobre su dignidad¹²⁴, es evidente como, fundándose las ‘elecciones’ del juez en orden a una cierta ‘interpretación’ de la ley sobre ‘evaluaciones’ inevitablemente ‘subjetivas’ del ‘contexto’ en el cual la decisión irá a caer, y por lo tanto lógicamente ‘políticas’ (aunque ‘enmascaradas’ tras la ‘forma’ –más correctamente: la ‘apariencia’– de la ‘aplicación’ de la ‘ley’), siguese de eso la necesidad, del todo política [una vez aceptada con coraje la realidad de la ‘divergencia’ –cada vez más frecuente– entre las evaluaciones del legislador y aquellas de la casta judicial (al menos en su conjunto)¹²⁵], de individuar las soluciones que sirvan hoy, en un mutado contexto ideológico pero también político-institucional, para ‘recuperar’ las ‘razones profundas’ de aquellas instancias políticas de ‘garantía’ de las libertades fundamentales del ciudadano que están detrás de los ‘principios’, de ascendencia ‘iluminista’, de legalidad-reserva de ley, taxatividad-determinación, irretroactividad y prohibición de analogía¹²⁶. El problema, en otras palabras, es cómo ‘actualizar’ el significado profundo, y por lo tanto puramente ‘político’, de aquellos principios de ‘garantía’.

¿Cómo recuperar entonces la lección de ‘civilización’ de Beccaria? Ya sabemos que Beccaria consideraba indispensable, ante todo desde el punto de vista político, establecer la ‘prohibición de la interpretación de la ley’, no solo en función del respeto del principio democrático de la ‘división de poderes’, sino sobre todo porque él era plenamente consciente de que la ‘interpretación’ es verdadera y propia ‘actividad creativa’¹²⁷, en nuestro caso del derecho

¹²⁴ Como subrayaba vigorosa e incisivamente Carnelutti, el simple sometimiento a procedimiento penal, dado su inevitable efecto de ‘estigmatización’ social, representa ya de por sí, independientemente de su resultado, una ‘pena’, aunque ‘informal’, para quien lo sufre (1949, pp. 48-50).

¹²⁵ Como ha señalado correctamente Fiandaca, “se asistiría ahora a una crisis profunda del monopolio y de la función orientativa de las leyes penales escritas y, en consecuencia, a un tendencial predominio del derecho penal jurisprudencial y del proceso” (Ermeneutica, 2002, p. 35).

¹²⁶ Principios definidos por Fiandaca como “principios-tabú del derecho penal” (Ermeneutica, 2002, p. 34), es decir –léxicamente– ‘intocables’. Lo cual, paradójicamente, respecto al significado negativo que se quiere dar a la palabra ‘tabú’, es indiscutiblemente cierto: dichos ‘principios’ deben en efecto ser considerados verdaderamente ‘intocables’ no tanto en la ‘forma’ cuanto en su ‘sustancia’ política, puesto que hoy, evidentemente, incluso el más preciso respeto de la forma –¡una ley técnicamente perfecta!– no puede garantizar más su respeto ‘sustancial’.

¹²⁷ Esto especialmente en el momento en el cual el juez-intérprete considera eso que el legislador ‘habría hecho’ si se hubiese encontrado en la necesidad de disciplinar la situación sometida a su juicio, y todavía no regulada. Sobre este punto véase también Verri, cit. *supra*, § 2 y nota 11.

penal; ‘interpretación’ que por ende no puede, en nombre del respeto de las garantías, *in primis* de ‘certeza’ y por tanto de ‘paridad de tratamiento’ entre ciudadanos, ser atribuida al juez, quien, por la misma ‘naturaleza’ de su actividad, no obra en vía general y abstracta sino solo ‘individual’ y ‘concreta’.

Ahora, si ‘garantismo’, como teoría jurídica (más correctamente: ‘ideología penal’), significa poner los principios y las reglas que dan ‘seguridad’ al ciudadano frente a los riesgos –antes que de agresiones por parte de particulares– de ‘abuso de poder’ por parte del Estado, en particular en la dimensión específica de su ‘poder de punir’ (*ius puniendi*)¹²⁸, es claro que una perspectiva que quiera ser hoy realmente garantista no puede esconderse más frente a los ‘abusos’ que comete el denominado ‘poder judicial’¹²⁹. Están en efecto históricamente condicionadas las ‘modalidades’ a través de las cuales, en el curso del tiempo, se manifiestan los ‘abusos de poder’ por parte de órganos del Estado¹³⁰, según su ‘fuerza’ política; modalidades de abuso que, a su vez, terminan por condicionar las diversas respuestas ‘institucionales’ sobre el plano penal, que van por lo tanto diversamente ‘calibradas’ en consideración a los diferentes períodos históricos y a las diversas exigencias de tutela de las libertades que cada vez se evidencian. ‘Abusos’, en todo caso, hasta ahora siempre vistos –al menos en los dos últimos siglos– desde el punto de vista del legislador o del gobierno; hoy, viceversa, en los inicios del siglo XXI, la situación, mucho más delicada, está representada precisamente por los ‘abusos de la jurisdicción’: y es por consiguiente frente a este poder que hoy se deben concentrar las preocupaciones de los ‘garantistas’.

¹²⁸ De donde la necesidad de reglas severas y, sobre todo, ‘intangibles’ por parte de la institución penal en su conjunto (así Audegean, 2011, p. 21).

¹²⁹ ‘Poder judicial’ que no debe ser confundido sin embargo con el conjunto de los órganos que ejercen la jurisdicción los cuales, en su totalidad, no son un ‘poder’, sino una ‘orden’, siendo el poder judicial o, mejor, ‘jurisdiccional’ un poder ‘difuso’ entre todos los jueces.

¹³⁰ Véase también Audegean, (2011, p. 27), cuando habla del indiscutible ‘progreso’ realizado a través de la práctica del ‘arbitrio’ judicial, según las circunstancias del caso concreto, en nombre de la ‘equidad’, práctica típica del *Ancien Régime* para superar el sistema de las penas fijas característico de la Edad Media y del Renacimiento: es por tanto la evolución histórica la que termina por condicionar las diferentes respuestas ‘institucionales’ en el plano penal, que van por ende diversamente ‘calibradas’ en consideración a las distintas exigencias de tutela de los derechos de libertad que se manifiestan en los diferentes contextos histórico-políticos. En otras palabras: si en un determinado momento histórico el recurso, por ejemplo, a la ‘equidad’ por parte de los jueces aparece como un instrumento funcional a una mayor tutela de los ciudadanos respecto a la estricta aplicación de la ‘ley’ (piénsese, por ejemplo, en las Cortes de *equity* en Inglaterra durante el período de la monarquía absoluta de los Tudor), en otro momento histórico, la misma referencia a instancias de ‘justicia sustancial’ puede llegar a ser, por el contrario, síntoma de ‘arbitrariedad’ y de ‘abuso’ de poder.

Lo que por lo tanto debe interesar, política e institucionalmente, en el actual contexto histórico no es tanto la ‘forma’ del llamado principio de ‘legalidad’ (comprensivo de todas sus manifestaciones)¹³¹, forma que puede ser –según los diferentes momentos históricos, los diversos ordenamientos positivos o los diferentes sistemas jurídicos, de *civil law* o *common law* (piénsese en la diferencia entre principio de legalidad, como nosotros lo entendemos, y la *rule of law* anglosajona)– también notablemente diversa, y por lo tanto ‘múltiple’; sino la ‘sustancia’, diría ‘política’, del mismo principio¹³², en el sentido de instrumento fundamental para la ‘garantía’ de los ‘derechos inviolables’ del hombre (que yo prefiero llamar ‘derechos naturales’), hoy tanto relevantes y cuya tutela es ‘vinculante’ no solo constitucionalmente sino también a nivel del derecho internacional.

En efecto, la ‘sustancia’ del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* sirve para ‘garantizar’ la protección del individuo no solo –como comúnmente se repite– contra los ‘abusos’ del poder ejecutivo (tanto en sede de actividad de normación como, quizás sobre todo, en sede de actividad de policía de seguridad y judicial), sino contra los ‘abusos’, en general, de cualquier ‘poder’ del Estado. Solo en los últimos años, a parte de raras excepciones precedentes¹³³, la doctrina se ha centrado también en las relaciones entre el principio de (estricta) legalidad y los ‘abusos’ del poder ‘judicial’, denunciando al menos sus manifestaciones más macroscópicas.

No interesa, al menos en esta sede, analizar ‘por qué’ las preocupaciones ‘garantistas’ de la doctrina (pero también a menudo del legislador) no han (desafortunadamente con mucha frecuencia en los últimos años) encontrado ‘eco’ en la denominada ‘praxis’ jurisprudencial, que nunca ha dejado de perseguir (Italia en este sentido es un ejemplo emblemático) su propio, y autónomo, ‘diseño político criminal’ de hecho fundado sobre un modelo de denominada legalidad penal ‘sustancial’, tendiente a obtener en vía ‘interpretativa’ el máximo de la ‘punibilidad’ de la interpretación ‘teleológico-evolutiva’ y ‘expansiva’ de los tipos delictivos si no, incluso, sobre la base de una

¹³¹ Reserva absoluta de ley, irretroactividad de la ley más desfavorable y retroactividad de la favorable, taxatividad-determinación, claridad, prohibición de analogía y de interpretación extensiva, etc.

¹³² Véase en sentido opuesto Fiandaca, que habla nada menos que de “concepción ingenua o mítica del principio de estricta legalidad” (Il giudice, 2002, p. 21).

¹³³ En Italia, véanse a este propósito los aportes fundamentales de Marcello Gallo (a partir de los años 50 del siglo pasado) y de Franco Bricola.

verdadera y propia cripto-analogía (haciendo decir a la ‘ley’ más de lo que se extraería según su estricta interpretación literal)¹³⁴.

Las causas de este fenómeno son sin duda numerosas y muy diversas, no por último los respectivos horizontes ‘culturales’ y, sobre todo, ‘ideológicos’, a menudo muy distantes, entre los representantes del pueblo, expresión de la soberanía popular en cuanto legítimamente electos, y los jueces (especialmente cuando, como en los sistemas de *civil law*, estos últimos son solo ‘funcionarios públicos’ pertenecientes a la tecno-estructura ‘burocrática’ del Estado, vencedores al máximo de un concurso público como todos los empleados públicos)¹³⁵; diversas culturas (que pueden ser) copresentes –nótese– incluso en el ámbito de la misma magistratura, donde –como sucede en Italia– esta está, a su vez, dividida en ‘corrientes’ político-ideológicas. Culturas, *Weltanschauungen* o hasta ideologías diferentes, cuya individuación y análisis corresponderá no solo a los juristas, sino también –y quizás sobre todo– a los politólogos, a los filósofos de la política, a los sociólogos, a los historiadores, etc. (tal vez incluso a los psicólogos y a los psiquiatras), es decir a cada científico según su específica competencia técnica. Análisis, por ende, necesariamente ‘interdisciplinario’ en cuanto no estrictamente jurídico, pero ante todo institucional y político.

En esta sede, más simplemente, es necesario mirar no tanto a las ‘causas’ de este fenómeno cuanto a sus ‘efectos’: o sea a la –ahora empíricamente reconocida– existencia de esta ‘divergencia’ (aparentemente incolmable) entre ‘doctrina’ (en gran parte ‘garantista’) y ‘jurisprudencia’ (‘defensivista’ y ‘sustancialista-eficientista’) y, lo que es (tal vez incluso) peor, entre ‘jueces’ y (clase) ‘política’¹³⁶. Es decir, se trata de un ‘hecho’, que, en cuanto tal, no es

¹³⁴ Véase cuanto hemos dicho *supra*, § 2 a propósito de la sutil distinción, también a menudo negada a nivel teórico, entre interpretación denominada extensiva y razonamiento analógico. Subraya Fiandaca como parte de la doctrina “suele dirigir a la jurisprudencia el reproche de utilizar el método de interpretación denominado teleológico sobre todo con el fin de extraer de las normas incriminadoras el máximo de la punibilidad” (Ermeneutica, 2002, p. 52).

¹³⁵ Art. 106, inciso 1, de la Constitución italiana: “Los nombramientos de los magistrados tienen lugar mediante concurso”; art. 97, inciso 3, de la Constitución italiana: “A los empleos en las administraciones públicas se accede mediante concurso, salvo los casos establecidos en la ley”.

¹³⁶ Expresión también de una separación entre política y eso que hoy, comúnmente, según la jerga periodístico-política, se llama ‘sociedad civil’, que al final es solo un término para individuar una parte, a menudo minoritaria pero ruidosa, de la colectividad; ‘minoría’ de cuyas instancias políticas, que de otro modo serían lógicamente minoritarias, quizás la magistratura, como cuerpo, se hace portadora, pero fuera evidentemente de cualquier esquema democrático.

‘exorcizable’ sino solo eventualmente susceptible de afrontar con sano realismo, de cuya existencia se debe tomar conciencia ya desde el punto de vista político y de las (probablemente nuevas) relaciones políticas de fuerza entre los diversos ‘poderes’ del Estado (la llamada ‘constitución material’). También porque, recuérdese, las normas que individualizan las específicas ‘competencias’ de cada órgano desde el punto de vista constitucional, o sea las normas denominadas ‘de organización’, son aquellas que –teniendo como destinatarios no a los ciudadanos, sino a los poderes del Estado– no constituyen fruto de ‘interpretación’ de enunciados lingüísticos, sino que ‘viven’ sobre la base de las ‘prácticas’ (constitucionales): dicho más claramente, sobre la base de las efectivas relaciones políticas de fuerza.

La pregunta que a estas alturas se impone es: ¿hasta dónde puede llegar, especialmente en los casos más delicados, la –inevitable– ‘politicidad’ (= ‘naturaleza política’) de la interpretación del juez sin violar el ‘sentido’ político-garantista de la reserva (¡absoluta!) de ‘ley’ y el principio de la ‘separación de poderes’?¹³⁷ O bien: ¿cómo se presenta hoy la ‘legalidad penal’ en el ámbito de un (nuevo) equilibrio entre los poderes del Estado?

Me parece que si se mira con realismo la situación, que es de valor puramente político (mejor: de cambio de las relaciones políticas de fuerza entre poderes del Estado, o sea de constitución ‘material’; situación que por lo tanto debe evaluarse solo políticamente), con honestidad y fuera de cualquier hipocresía, es necesario concluir que –utilizando los actuales ‘remedios’ ofrecidos por las constituciones ‘formales’, todos ‘al interior’ de la misma organización judicial, como en primer lugar el poder ‘nomofiláctico’ de la Casación– no hay ninguna posibilidad de limitar, efectivamente, el así llamado poder de ‘interpretación’ de la magistratura. Este poder –en cuanto ‘normativo’ *tout court*– se convierte técnicamente (o más exactamente) en ‘arbitrariedad’ (así como lo temía Beccaria, quien justo por esto afirmaba la prohibición de cualquier interpretación de la ley): arbitrariedad que se manifiesta cuando el ejercicio de cualquier poder no es de hecho realmente limitable y, por lo tanto, más allá de cualquier ‘ficción técnica’, no necesita de ninguna ‘motivación’ real para ‘justificar’ su ejercicio (resolviéndose sustancialmente la motivación en una pseudo-motivación en cuanto, aunque controlable, lo es sin embargo siempre

¹³⁷ Es esta la pregunta que se hace, pero para llegar a conclusiones sustancialmente opuestas a aquellas del texto, también Fiandaca, *La legalità penale*, 2002, p. 8.

solo al interior de la misma corporación judicial, además exclusivamente en casos extremos de ‘ilogicidad’). Esto porque no existen, en los vigentes sistemas de *civil law*, mecanismos de control sobre la ‘interpretación’ judicial, y, por lo tanto, tampoco sobre el respeto de eventuales ‘límites’ constitucionales a la misma interpretación judicial (en las relaciones entre poderes), confiados a órganos ‘extraños’ a la magistratura; mecanismos, reales y efectivos, de *checks and balances* sobre el plano político-institucional, que permitan, en una palabra, ‘vivificar’, llenándola de nuevo contenido, la antigua máxima (= ‘brocardo’) *¿Quis custodiet custodes?*

De forma paradójica aquellos que hoy en día, despectivamente (por muchos), son definidos como los ‘mitos’ iluministas –entre los cuales, en particular, la ‘separación de poderes’ y la ‘sujeción de los jueces solo a la ley’– valen, de hecho, en la concreta experiencia jurídica en forma ‘manca’ y unilateral, en cuanto invocados por los magistrados solo en función ‘antigarantista’ para corroborar que nadie puede ‘interferir’, ni siquiera en los casos de abusos políticamente más graves, en la actividad de los jueces (fuera, repítase, de los mecanismos de control ‘internos’ a la misma ‘casta’ judicial). Pero olvidando que el origen ‘histórico’ de estos principios se debe contrariamente individuar como ‘reacción’ frente a los abusos del poder ejecutivo pero sobre todo del poder judicial durante el período del *Ancien Régime*.

Se plantea, entonces, con urgencia el problema de individuar los ‘instrumentos’ útiles para prevenir (y reprimir) similares arbitrariedades, superando las ‘patologías’ del sistema. Aparte, como hemos visto, los mecanismos ‘internos’ a la misma organización judicial (como el poder ‘nomofiláctico’ de la Casación que, cuando anula con reenvío, pone el ‘principio de derecho’ ‘vinculante’ para el juez del reenvío; poder nomofiláctico del cual descende, en general, el valor ‘vinculante’, aunque solo en vía ‘de hecho’, del ‘precedente’ como contenido en las ‘máximas’¹³⁸: únicos ‘vínculos’ –políticamente– aceptados por la corporación judicial, al menos en su conjunto), la verdadera dificultad se pone, en práctica, cuando dichos instrumentos se revelan (o pueden revelarse), de por sí, insuficientes; lo que se verifica cuando la ‘cultura’ global

¹³⁸ Véase sobre este punto Anzon, (1975, p. 84 ss). Recuérdese sin embargo como las mismas ‘máximas’ (contenidas en la ‘motivación’ de las sentencias de la Casación como de cualquier otro juez), en cuanto textos escritos, son en todo caso, a su vez, objeto de interpretación por parte de los jueces sucesivos, como parte del ‘material normativo’ del cual pueden disponer a los fines de la decisión (véase *supra*, § 9, y nota 62).

de la ‘corporación’ judicial (en una palabra: su ‘ideología penal’) no sea ‘liberal’ (más correctamente: ‘sensible’ con respecto a las libertades fundamentales; en una palabra: ‘garantista’), yendo por lo tanto ‘contra’ las mismas ‘expectativas normativas’ del legislador, o sea la voluntad política manifestada en un determinado momento histórico por la mayoría del pueblo soberano.

Las respuestas del ordenamiento no pueden entonces más que concernir a los mecanismos de reclutamiento de los jueces pero, en especial, al ‘control’ sobre su trabajo¹³⁹. Se trata, como es evidente, de un delicadísimo problema político que, en cuanto tal, solo puede ser resuelto políticamente. Nada en efecto puede jamás garantizar la protección al ciudadano frente a las arbitrariedades judiciales, en caso de que la ‘corporación’ de los jueces no acepte ningún ‘límite externo’ a su poder de ‘interpretación’. De ahí la ineluctabilidad, ‘política’, de otras soluciones.

17. Los instrumentos teóricamente posibles y políticamente utilizables, funcionales para garantizar la ‘legitimación democrática’ de las normas judiciales

¿Cómo evitar, entonces, los resultados arbitrarios siempre potencialmente conexos al ‘subjetivismo interpretativo’ del juez? ¿Cómo conciliar, en otras palabras, la inevitable ‘politicidad’ (= naturaleza política) de cualquier ‘elección’ interpretativa con la total ‘irresponsabilidad política’ del juez (al menos en los sistemas de *civil law*)? Desde esta óptica, absolutamente necesaria y urgente aparece hoy la ‘recuperación’ del ‘sentido político-garantista’ de la posición de Beccaria contra la interpretación, ‘invirtiendo’ sin embargo los términos del problema. En efecto, si para Beccaria la interpretación de la ley, en cuanto verdadera y propia actividad ‘creativa’ del derecho, debía ser prohibida en nombre de una absoluta ‘separación de poderes’, una vez reconocida su ‘lógica no eliminabilidad’ frente a un dato ‘objetivo’ de contenido normativo, *in primis* un ‘texto’ de ley, de esto se

¹³⁹ No puede ser realmente útil a este fin el recurso al sistema de las sanciones disciplinarias. No solo éstas afectan únicamente al autor del abuso sin tocar la validez de su sentencia, incluso ‘anormal’ según una ‘razonable’ ‘expectativa de norma’ contenida en la ley (no fungiendo como garantía directa para el ciudadano); sino, como sucede a menudo en los sistemas de *civil law*, siendo el órgano competente para la aplicación de sanciones disciplinarias contra los jueces, en general un Consejo Superior de la Judicatura integrado –al menos en Italia– en su mayoría por miembros pertenecientes al mismo orden judicial, de donde se desprende que la llamada justicia disciplinaria se traduce en un modelo de ‘*autodichía*’ (= justicia ‘doméstica’), y, por lo tanto, en la sustancial inexistencia de un efectivo control que sería puesto en las manos de los mismos controlados.

infiere, por un lado, la imposibilidad –lógica antes que política– de prohibirla, pero, por el otro, la imposibilidad de aceptar en el plano político de tutela de las garantías individuales de abandonarse a la esperanza de un *self-restraint* de los jueces, apelándose a su ‘deontología’ profesional¹⁴⁰, continuando con la ‘ilusión’ –igual y contraria a la ‘ilusión iluminista’ del juez como mera ‘boca de la ley’– de que basta una ‘buena’ ley en su elaboración legislativa-parlamentaria, ‘clara’ y ‘suficientemente determinada’, para ‘garantizar’, al máximo posible, la libertad de los individuos¹⁴¹.

En efecto, hablar de ‘autocontención’ como ‘auto-control’ del juez en la interpretación de la ley significa volver a poner todo, una vez más, en las manos del juez y dejarlo a su ‘buena voluntad’, diría mejor, fuera de giros de palabras: a su ‘lealtad política’ hacia la ley escrita, expresión de la voluntad del pueblo soberano¹⁴².

Por el contrario, habiendo tomado conciencia de la realidad, el único camino para salir de este *impasse* consiste en especificar, con coraje, los posibles ‘mecanismos’, teóricamente posibles, idóneos a garantizar, institucionalmente, la ‘legitimación democrática’ de cualquier poder (más correctamente: del ejercicio de cualquier poder), y, por tanto, también del ‘poder judicial’¹⁴³, o

¹⁴⁰ Como lo ha demostrado de manera amplia y definitiva la experiencia italiana de los últimos años, de nada sirven, en la realidad concreta, los ‘apelos’ a la ‘deontología’ profesional de los jueces para reafirmar, casi como un disco rayado, que los jueces deben no solo ‘ser’, sino también, aún antes, ‘aparecer’ como terceros e imparciales. Apelos tanto más numerosos en los últimos tiempos cuanto obviamente desatendidos por quien no puede ser de todas maneras ‘juzgado’ si no por miembros pertenecientes a su misma corporación, en nombre de una absoluta ‘independencia’, consciente por lo tanto de poder hacer lo que quiera (más correctamente: eso que es permitido, y hasta dónde es permitido, en el ámbito de la corporación), nuevo ‘soberano absoluto’ en cuanto *superiorem non recognoscens*. Se trata, evidentemente, de una nueva ‘ilusión’, como ‘ilusión’ era aquella de los Iluministas del juez como mera ‘boca de la ley’.

¹⁴¹ Es esta, me parece, la posición de Ferrajoli, 2001, capp. I, II, III, *passim*.

¹⁴² En un sistema realmente democrático la ley, aunque expresión de una mayoría, cuando es aprobada debería (política e institucionalmente), vincular a todos, incluso a los disidentes: porque esta es la esencia de la ‘democracia’ cuya única verdadera regla es dada por el principio de ‘mayoría’; nociones elementales, que sin embargo es necesario reafirmar hoy más que nunca.

¹⁴³ Legitimación democrática del ejercicio del poder jurisdiccional, pero también de aquel de los órganos de la fiscalía, cuando, como en Italia, se afirma su autonomía e independencia absoluta, a la par de los jueces, incluso como expresa y formalmente establece la Constitución italiana (véase el artículo 107, inciso 4, de la Constitución italiana, según el cual “El ministerio público [= fiscal] goza de las garantías establecidas respecto a el por las normas del ordenamiento judicial”, o sea por una ley ordinaria; a diferencia del juez, llamado –no casualmente– por el mismo artículo 107 ‘magistrado’, signo de la identificación entre las dos figuras, que goza viceversa de las garantías, mucho más significativas, establecidas por la misma Constitución: sobre este punto véase Trapani, 2004, *passim*). El problema no se plantea en todos aquellos ordenamientos que, directa o

sea, en último término, la ‘soberanía popular’ incluso y sobre todo en materia de ‘tutelas’ de las libertades fundamentales¹⁴⁴, en particular para determinar

indirectamente, reconducen la fiscalía, mejor sus ‘elecciones de incriminación’ en concreto y por lo tanto de ‘gestión’ de la política criminal, bajo el ‘control’ de un poder directa o indirectamente legitimado democráticamente, es decir el legislativo (en los gobiernos ‘parlamentarios’) o también el ejecutivo (en los gobiernos ‘presidenciales’). Sobre este punto véase también *infra*, nota 148.

¹⁴⁴ Nótese en cambio la peligrosidad política de estas afirmaciones de Fiandaca: “También en el ámbito del derecho penal han hecho ahora su tiempo sea el viejo ideal iluminista del juez ‘boca de la ley’, como la concepción vetero-positivista que pretendía basar la aplicación de la ley penal en un saber puramente silogístico-deductivo anclado a la sólo lógica rigurosa de los juristas. [...] La inevitable interacción entre tipo abstracto y hecho concreto, y el conexo perfilarse de un proceso circular o en espiral entre norma y caso, acentúan la discrecionalidad evaluativa del intérprete y la incidencia de los factores extratextuales o de contexto. En este sentido juegan un rol los puntos de vista personales del intérprete, sus prejuicios, su concepción político-ideológica [*sic!*], la preocupación por las consecuencias que la decisión puede provocar sobre la realidad externa o sobre el mismo reo, las expectativas del ambiente o de algunos grupos sociales [*sic!*], el desarrollo contingente de las relaciones entre los diferentes sujetos institucionales [*sic!*], etc. –todos esos factores, en definitiva, reconducibles a la categoría-base de la llamada precomprensión de origen gadameriana y, aún antes, heideggeriana” (Ermeneutica, 2002, p. 37). Lo mismo Fiandaca, tras recordar el paso de Hans Georg Gadamer (1972, p. 382) sobre la hermenéutica jurídica (“La tarea de la interpretación es la concretización de la ley en el caso particular, es decir la aplicación”), concluye: “Ahora bien: en el actual momento histórico ¿qué significa perfeccionar creativamente la ley penal, asumiendo de todas maneras como horizonte y vínculo la ley escrita? La misma teoría hermenéutica nos sugiere que el vínculo del juez a la ley penal está sujeto también a mediaciones interpretativas, y que ellas están cada vez condicionadas por el ‘contexto’: contexto constituido –a su vez– por la disposición constitucional de los poderes y por la llamada constitución material [*sic!*] [es decir, digo yo, por las relaciones políticas de fuerza, aunque extraconstitucionales, en cuanto situaciones de hecho y no jurídicas según las ‘formas’ de la Constitución], por los textos normativos vigentes, por las fenomenologías criminales que deben ser enfrentadas, por las orientaciones de la práctica judicial y por las culturas e ideologías copresentes en el universo de la magistratura [*sic!*], por el estado de la dogmática jurídica de matriz académica y por las conexas ideologías de los científicos del derecho, por las tendencias políticas y por las expectativas sociales del momento [*sic!*] (a su vez, como hoy casi siempre ocurre, fragmentadas en sentido pluralístico) [lo que significa que el principio político de ‘mayoría’, fundamental en una democracia representativa de tipo liberal, no tendría más ningún rol activo a desarrollar! Aquí se teoriza, en la peor de las perspectivas, la penal, una especie de derecho de ‘veto’ de las minorías o, peor aun, su predominio no por la vía ‘institucional’ del juego parlamentario, es decir convirtiéndose en mayorías, sino a través de la utilización –subversiva– de la ‘sentencia’ como instrumento, usado políticamente en contra de la mayoría, por parte de un poder que no es expresión de la soberanía popular!], por las modas culturales generales y –en fin, pero no por importancia– por las contingentes lógicas del circuito mediático [*sic!*]. Desde este punto de vista, el objetivo de la legalidad penal, concebida conforme a la función-guía teóricamente [*sic!*] correspondiente a las leyes escritas, se proyecta como empresa colectiva [*sic!*] compleja y articulada, cuya realización y éxito dependen del hecho que cada uno de los *partners* implicados logre hacer adecuadamente su parte” (*ibidem*, p. 62). Tanto es así que, entre las “condiciones ideales de contexto”, el mismo Fiandaca (*ibidem*, p. 63) se refiere a la “cultura del límite” o de la autocontención” por parte de los jueces: o sea, a algo remitido sustancialmente y al final a su ‘buen corazón’, inteligencia y espíritu de buena voluntad.

El cuadro esbozado por Fiandaca es crudamente realista en cuanto toca con las efectivas dinámicas de la actual experiencia penalista en Italia, pero es absolutamente inaceptable en las conclusiones, en primer lugar políticas, aún antes que jurídicas: aquellas según las cuales el derecho penal debería ahora ser considerado obra ‘colectiva’ de varios sujetos (más o menos) institucionales, en la cual

hasta donde el ‘riesgo penal’ inevitablemente conexo a la ‘predecibilidad’ de las decisiones judiciales puede recaer sobre el –potencial– destinatario de la ‘norma’.

Un primer perfil de intervención atañe, de raíz, al sistema de ‘reclutamiento’ de los magistrados. Establecido, obviamente, que los jueces (considerados como personas físicas) no pueden ser nominados por el Parlamento o por el Gobierno (porque, si así fuese, desaparecería su ‘independencia’ y, consecuentemente, la separación de poderes¹⁴⁵), por regla general –al menos en los sistemas de *civil law*– su reclutamiento se lleva a cabo, como para todos los empleados del Estado, a través de concursos públicos. Pero precisamente para garantizar, en lo posible, una interpretación de las leyes no distónica (si no incluso subversiva, en el sentido etimológico de la palabra) respecto a las propuestas políticas del Parlamento, dichos concursos no pueden agotarse más en verificaciones sobre la sola preparación técnico-jurídica de los jueces (a efectuarse no solo sobre los aspirantes a magistrados, sino también periódicamente sobre aquellos ya en servicio); dada en efecto la delicadeza de la función jurisdiccional, se hace necesario también recurrir, periódicamente, a *test* psicoaptitudinales y, en general, a controles sobre la cantidad y calidad de

participaría con un rol de primera importancia la magistratura, donde se distinguiría entre ‘derecho’ y ‘ley’ penal, esta última solo una –y ni siquiera la más importante– de las posibles fuentes del sistema penal. Pero entonces, estando así las cosas, ¿dónde está la ‘primacía’ de la ‘soberanía popular’ expresada por las leyes del Parlamento? Todo, al final, se reduce –precisamente– a lo que, cada vez, considera en su absoluto ‘arbitrio’ el juez (aunque, tal vez, actúa de modo formalmente ‘racional’ en los pasos argumentativos que lo llevan a la decisión; pero, como es obvio, se trata de una pseudo-motivación de conformidad con la ley, y, por tanto, de un verdadero y propio ‘razonamiento en círculo’, puesto que es él quien debe establecer la ‘premisa mayor’ del razonamiento silogístico, o sea la ‘norma’ a aplicar al caso concreto sometido a su juicio), dejando de lado –no obstante la ‘ficción’ de su afirmación ‘formal’– cualquier ‘vínculo’ jurídico (en el ordenamiento constitucional italiano calificado nada menos como ‘sujeción’) constituido por la ‘ley’ del Parlamento. En realidad, aquí hace camino otro modelo (técnicamente: otra ‘forma’) de ‘gobierno’: aquel ‘aristocrático’ (mejor: ‘oligárquico’) del cual sería titular una nueva élite burocrática, autopoietica y autorreferencial. Conclusión absolutamente inaceptable desde el punto de vista político, si, por el contrario, se quiere mover en una perspectiva realmente democrática de soberanía popular representativa, justo porque a los sujetos diferentes respecto al legislador les faltaría cualquiera ‘legitimación democrática’, así como les faltaría a su actividad. Mis conclusiones se sitúan en las antípodas: luego de tomar conciencia de la realidad, se trata de fundar el verdadero (en cuanto efectivo) ‘poder normativo penal’ (el judicial) sobre instancias de ‘control’ realmente ‘democráticas’ que lo ‘legitimen’ políticamente.

¹⁴⁵ Acerca del modo de entender, en una correcta perspectiva de *checks and balances*, el principio de la separación de poderes en un sistema constitucional que vea como su fundamento ‘efectivo’, y no solo ‘declamado’, la soberanía popular véase *infra*, § 18.

la labor de los jueces (naturalmente, a menos de hacer dichos controles sustancialmente inútiles, no confiándolos a otros miembros de la corporación¹⁴⁶).

Pero es obvio que eso no puede ser suficiente para asegurar una ‘gestión’ políticamente aceptable de la actividad interpretativa de los jueces. Si en efecto la individuación de una cierta ‘norma’ cual resultado de una opción interpretativa del juez del caso concreto constituye el fruto de su ‘valoración’ y, por tanto, de una precisa ‘elección’ por su naturaleza y esencia intrínsecamente ‘política’ (y esto, repítase, sea en el caso en el cual el juez se mueva a lo largo de la misma línea de ‘valores’ del legislador, sea cuando —en modo patológico desde el punto de vista político— se mueva en un contexto ideológico-cultural ‘alternativo’), permanece de todos modos la necesidad de dar una solución adecuada al problema de la ‘legitimación democrática’ de la actividad de los órganos jurisdiccionales, en particular de los ‘resultados normativos’ de la actividad de interpretación de la ley, o sea de las ‘normas’ por ellos creadas.

Tal ‘legitimación’ de la ‘norma’ de fuente judicial no puede ante todo basarse en un mero ‘control’ sobre la ‘racionalidad’ intrínseca de la interpretación de la ley escrita dirigida sobre la base de cánones lógico-hermenéuticos de tipo deductivo-formal (y esto, nótese, prescindiendo de la circunstancia de que dicho control sea efectuado por un órgano ‘interno’ o ‘externo’ a la corporación judicial). Ya sabemos, en efecto (*supra*, §§ 6-10), que a un mismo texto legislativo no corresponde siempre una sola norma, cual único significado racionalmente, y por tanto correctamente, extraíble en vía interpretativa de aquel texto según parámetros rigurosamente ‘objetivos’. Esto significa que el juez, entre un abanico de posibles interpretaciones —incluso admitiendo hipotéticamente que sean todas igualmente ‘plausibles’ en el plano lógico— debe inevitablemente hacer una ‘elección’, en todo caso ‘discrecional’ en cuanto fundada en su ‘subjetiva’, y por lo tanto incuestionable, ‘evaluación’. *A fortiori*, estas conclusiones valen cuando el juez, moviéndose en una óptica ‘antagonista’ respecto a las elecciones políticas del legislador, vaya incluso *praeter* o *contra legem* esto es llegando a un contexto de soluciones

¹⁴⁶ Al contrario confiándolos, por ejemplo, a profesores universitarios de reconocido conocimiento y experiencia en materias jurídicas, pero que no ejerzan también la profesión de abogado; esto para evitar de raíz un claro conflicto de intereses.

‘interpretativas’ ni siquiera aceptables lógicamente en un plano de mera racionalidad argumentativa¹⁴⁷.

Tampoco pues –al contrario de lo que a veces se dice– podría bastar el control de la llamada ‘opinión pública’ a través del denominado ‘consenso popular’. Aparte de la extrema ‘vaguedad’ –y diría también ‘peligrosidad política’– de estos términos, es necesario reiterar como el único ‘consenso’ políticamente y por tanto jurídicamente relevante en una democracia liberal sea aquel de la ‘mayoría’ que se expresa en las formas taxativamente previstas en la Constitución (en particular a través de elecciones libres a celebrarse periódicamente). El verdadero riesgo es que el recurso al criterio del ‘consenso’ de la ‘opinión pública’ o –como también hoy esnobistamente se dice– de la ‘sociedad civil’, puesto que no existen en una democracia moderna ‘instrumentos’ políticamente (además de constitucionalmente) legítimos de ‘comprobación del consenso’ diversos de aquellos a través de los cuales se expresa la voluntad de los representantes del pueblo (o sea las ‘leyes’) o directamente el mismo pueblo (es decir el *referéndum*, donde sea previsto), se resuelva en realidad en una ‘ficción’ detrás de la cual se esconden las tentativas, constitucionalmente ‘subversivas’, de la minoría política de derrotar la voluntad de la mayoría democráticamente electa. Confirmando lo que se ha dicho, piénsese en el uso instrumental de la contraposición *mass-medial* entre ‘sociedad civil’ (quizás ‘representada’ por los jueces, en función ‘antagonista’) y ‘clase política’ (o sea, fuera de metáfora, mayoría democráticamente electa). Por lo cual, al final, sería en todo caso –una vez más– siempre el juez quien decide, a través de una ‘ficción argumentativa’, si detrás de su decisión está o no el consenso de la opinión pública.

A la luz de estas últimas consideraciones, aparece entonces claro como la necesidad de recuperar la ‘sustancia política’ de las instancias de garantía del ciudadano que están detrás del principio de estricta legalidad en materia penal pueda útilmente ser satisfecha solo a través de un ‘control político’ efectivo sobre las ‘elecciones interpretativas’ del juez, o sea sobre las ‘normas’ por él creadas.

¹⁴⁷ Obsérvese sin embargo como, si el juez tuviese que moverse incluso ‘fuera’ de un contexto argumentativo ‘racional’, un efectivo ‘control’ sobre el ejercicio de su poder discrecional en la individuación de la norma aplicable podría sí teóricamente hipotizarse, pero útilmente funcionar solo si fuese llevado a cabo por un órgano ‘externo’ al orden judicial.

Si en una democracia la ‘soberanía’ le pertenece al pueblo, es entonces evidente como los ‘mecanismos’ teóricamente hipotizables a través de los cuales el ‘pueblo soberano’ puede efectuar su control, directo o indirecto, sobre la ‘aceptabilidad política’ de las ‘reglas’ creadas por el juez de cara a garantizar su ‘legitimación democrática’ (legitimación que no puede apoyarse, como hemos visto, en un mero control de ‘racionalidad’ intrínseca del resultado interpretativo de la ley a la luz de la ‘motivación’ de la sentencia, sobre la base de cánones lógico-hermenéuticos de tipo deductivo-formal, ni en un evanescente dato empírico fundado sobre la –ficción política de la– probabilidad de un no mejor precisado *consensus omnium*, o sea sobre el ‘consenso popular’ o, como aristocráticamente se dice hoy, de la ‘sociedad civil’), se reducen sustancialmente a tres.

La primera vía sería atribuir directamente al pueblo el poder de ‘elegir’ los jueces¹⁴⁸, quienes de tal forma encontrarían, al final, la ‘legitimación democrática’ de su actividad ‘creativa’ del derecho en la ‘soberanía popular’ a través de su directa ‘legitimación’ electoral.

Viéndolo bien, sin embargo, si tal solución podría ser, de por sí, satisfactoria en la perspectiva de la ‘legitimación democrática’ de la actividad ‘normativa’ de los jueces, esto no garantizaría en absoluto la igual tutela de las libertades fundamentales –en cuanto tales ‘inviolables’– de todos los ciudadanos de los eventuales ‘prejuicios’ de los mismos jueces, incluso de naturaleza estrictamente política (prejuicios que más bien jueces electos podrían considerar políticamente ‘justificados’, si no hasta impuestos, por su directa investidura popular, tal vez como resultado de la presentación de un ‘programa político-criminal’ de llevar a cabo en caso de victoria electoral). Sin contar que, en caso de elección popular directa de los jueces, la ‘administración de justicia’ no sería más, por definición, ‘igual para todos’,

¹⁴⁸ Elección directa que debería entonces concernir también a los órganos de la acusación pública (como sucede, dentro de ciertos límites, en los sistemas de *common law*), cuando ellos, de alguna manera, ya no dependen jerárquica y funcionalmente del poder ejecutivo, en particular del Ministro de Justicia. Siendo en efecto los fiscales, cuales *gatekeeper* del proceso penal, los verdaderos ‘gestores de la política criminal’, debería ser entonces directamente el Ministro de Justicia, en su calidad de responsable político de la administración de justicia, quien responda políticamente por las efectivas ‘elecciones’, de investigación y de acusación, concretamente llevadas a cabo por los fiscales, más allá de ‘ficciones retóricas’ como aquella de la ‘obligatoriedad’ de la acción penal, obligatoriedad en realidad inexistente incluso en los sistemas donde ella está normativamente prevista aún a nivel constitucional (como en Italia: artículo 112 de la Constitución). Sobre este punto véase Trapani, 2004, *passim*.

pudiendo haber tantos jueces portadores de ideologías políticas más o menos diferentes cuanto circunscripciones electorales fuesen. *Mutatis mutandis*, las mismas perplejidades pueden pues ser sustancialmente repetidas también con referencia a un eventual mecanismo de ‘sorteo seco’ de los jueces entre todos los ciudadanos en posesión de ciertos requisitos (en particular, de conocimiento técnico del derecho a un determinado nivel).

Pero si, en la democracia, hay un único ‘prejuicio’ o ‘subjetivismo interpretativo’ políticamente ‘aceptable’, que es aquel expresado en las formas previstas en la Constitución por la ‘mayoría de los electores’ en un determinado momento histórico (en cuanto considerada la mejor –aunque momentánea y por lo tanto modificable– expresión de la soberanía popular), una vía institucionalmente practicable en cuanto políticamente aceptable sería hacer del Parlamento, o tal vez solo de su Cámara Alta o Senado, o también de una específica articulación interna suya (como por ejemplo la Comisión de Justicia) a ello justamente delegada, el órgano jurisdiccional de control de legitimidad de última instancia, es decir competente para pronunciarse solo sobre las cuestiones conexas con la estricta ‘interpretación’ del derecho, o sea con la ‘legitimidad’ de la ‘norma’ individuada (y aplicada) por el juez y con la ‘legitimidad’ del ‘procedimiento’ seguido (especialmente con referencia a la ‘logicidad’ [= ‘razonabilidad’] de la ‘motivación’ de la sentencia); esto porque, no viviendo el derecho penal fuera del proceso (*supra*, § 4), la ‘legitimidad del proceso’ es condición necesaria de la misma ‘legitimidad de la sanción’ concretamente aplicada.

Tal solución refleja por otro lado cuanto sucedía, no por casualidad, en aquella que puede ser con razón definida como la patria histórica de las libertades individuales y políticas, Inglaterra, con la *House of Lords*, Cámara Alta del Parlamento que tenía además la competencia de órgano jurisdiccional de última instancia a través de los denominados *Law Lords* (cuyas funciones fueron asumidas desde el 1º de octubre de 2009 por la *Supreme Court of the United Kingdom*, según cuanto previsto por el *Constitutional Reform Act* de 2005)¹⁴⁹.

¹⁴⁹ En una perspectiva diferente, más bien opuesta, se movía viceversa el instituto del *référé législatif* facultativo, en la versión introducida durante la Revolución Francesa por el art. 12, Título II, del Decreto del 16-24 agosto de 1790 sobre la Organización de los Tribunales, finalizado a prevenir intrusiones indebidas por parte del poder judicial en la esfera de atribuciones reservada al poder legislativo (como consecuencia de la prohibición de interpretación de la ley por parte de los jueces

En esta misma lógica de asunción de la ‘responsabilidad política’ por parte del Parlamento en orden a la definitiva ‘elección normativa’ sobre el significado de una ley se pone también el último mecanismo de control político de la actividad judicial teóricamente hipotizable –y en mi opinión aquel preferible– constituido por la creación de un Tribunal Supremo (o de Casación) nominado por el Parlamento, que siga su destino político y que al mismo Parlamento responda políticamente por sus decisiones. Solución que tendría, entre otras cosas, el indiscutible mérito de consentir ‘delegar’ la antedicha actividad jurisdiccional de control de legitimidad –quizás la más delicada– solo a técnicos del derecho de segura competencia y experiencia, aunque políticamente responsables de las decisiones adoptadas frente al Parlamento. En esta perspectiva por tanto la función de ‘casación’ de las sentencias calificadas como ‘ilegítimas’ a causa de una interpretación judicial del derecho considerada políticamente no adecuada, aún concretándose en una actividad seguramente ‘jurisdiccional’, vendría ejercitada por jueces no pertenecientes al orden judicial sino al contrario políticamente responsables frente al órgano expresión directa de la soberanía popular, lo que garantizaría seguramente la legitimación democrática de su actividad¹⁵⁰.

establecida por el mismo Decreto en los artículos 10-11 del Título III), instrumento a través del cual los jueces, en el caso en que hubiesen considerado necesario aclaraciones sobre el significado y alcance de cualquier acto legislativo, con el fin de resolver todas las dudas interpretativas, podían dirigirse directamente al *Corps Législatif* solicitando la adopción de un pronunciamiento de ‘interpretación auténtica’ de la ley en cuestión, única actividad interpretativa (al menos) formalmente consentida en la lógica iluminista de una rígida separación de poderes. Interpretación auténtica que, en cuanto proveniente de la misma Asamblea legislativa, tenía necesariamente un valor general y abstracto, y por lo tanto no jurisdiccional (a diferencia de lo que sucedía con la *House of Lords* inglesa, cuando ésta actuaba en calidad de órgano jurisdiccional de última instancia; aunque no puede olvidarse como, a través del principio del ‘precedente vinculante’ –*binding precedent*–, la decisión de este órgano era de todos modos idónea a valer, en vía indirecta, también para la disciplina de casos futuros y por lo tanto, teóricamente, de manera general y abstracta. Sobre la función de ‘estabilización’ del ordenamiento jurídico atribuida al principio del ‘precedente vinculante’ en los sistemas de *common law* véase *supra* § 11). A este instituto del *référé législatif* facultativo –en una lógica de complementariedad– hacía especularmente de *pendant* la previsión, introducida mediante el Decreto del 27 noviembre-1º diciembre de 1790, de un órgano *ad hoc*, un *Tribunal de Cassation* (que a través del mencionado Decreto era regulado de modo definitivo), órgano extraño al poder judicial, de naturaleza esencialmente política, cuya posición era “*auprès du Corps législatif*”, y cuya competencia era reprimir la invasión por parte de los jueces del campo de acción reservado al poder legislativo, ‘anulando’ (‘casando’, justamente) las sentencias de los jueces en el caso que existiese una “*contravention expresse au texte de la loi*”, o sea se tratase de sentencias contrarias a la ley o basadas en interpretaciones más o menos arbitrarias, privándolas de su validez jurídica. Sobre estos institutos véase las admirables páginas de Calamandrei, 1920, espec. pp. 442-444; sobre el *Tribunal de Cassation*, en particular, véase también la nota sucesiva.

¹⁵⁰ Como sucedía –al menos en las intenciones originarias de la Asamblea Nacional francesa de la Revolución– con el *Tribunal de Cassation*, instituido con el Decreto del 27 noviembre de 1790

A la inversa, sería una vez más una ‘ficción’ –ante todo política– pensar, tal vez en nombre de una concepción ‘mitológica’ y (sobre todo) ‘unilateral’ de la ‘separación de poderes’ (véase *infra*, § 18), confiar la antedicha ‘última palabra’ a un órgano más o menos cualificado como ‘independiente’ o ‘de garantía’, como una Autoridad llamada independiente (de crear *ad hoc*) o la misma Corte Constitucional (donde exista)¹⁵¹, puesto que el problema se repropondría, tratándose de órganos sin ninguna legitimación democrática, ni directa ni indirecta, y por lo tanto extraños a la soberanía popular.

Por el contrario, los últimos dos mecanismos de control de la actividad interpretativa judicial propuestos con el consentimiento del Parlamento, por vía directa o indirecta, de asumirse la ‘responsabilidad política’ de decir la ‘última palabra’ sobre el ‘significado’ de una ‘ley’ y, por lo tanto, sobre la legitimidad de las normas aplicadas por los órganos jurisdiccionales, tendría la evidente ventaja de fundar la ‘legitimación política’ de la actividad ‘creativa’ del derecho (mejor: del único derecho jurídicamente ‘válido’ en cuanto efectivamente ‘vinculante’) por parte de los jueces inmediatamente en la ‘soberanía del pueblo’, pero sin los peligros para la igualdad de los ciudadanos conexos con la elección directa de los jueces. Con la consecuencia de que serían los únicos sistemas de control de la interpretación judicial hoy –en mi opinión– también razonablemente practicables desde el punto de vista político-institucional en un sistema realmente democrático y garantista.

Claro que acoger cualquier solución que privilegie, al final, la ‘soberanía popular’, en particular a través de su representación parlamentaria, es, en todo caso, una opción puramente política; como lo es sin embargo, por el contrario,

(*supra*, nota 149), sobre el cual véase Calamandrei, 1920, p. 408 ss.. Como recuerda el insigne jurista, “El *Tribunal de cassation* nace, entonces, como un órgano de control destinado a vigilar que el poder judicial no viole, en detrimento del poder legislativo, el canon fundamental de la separación de poderes” (*ibidem*, p. 434). Y es también notorio como la constitución inglesa y los ordenamientos de ese país tuvieron una enorme influencia en la obra de la Asamblea constituyente revolucionaria, y por lo tanto también la *House of Lords* vista como precedente análogo del *Tribunal de cassation*; Cámara de los Lores como “primer típico ejemplo de un control ejercido por el poder legislativo sobre el poder judicial, con el fin de impedir que los jueces excedan los confines de su oficio” (*ibidem*, pp. 426-427). Órgano de control puesto por tanto –más allá y– por encima de todo el ordenamiento judicial.

¹⁵¹ Sobre la necesidad y urgencia política en un sistema verdaderamente democrático de abolir todas las llamadas ‘autoridades independientes’ o ‘de garantía’, incluida la Corte Constitucional, dada la absoluta carencia de legitimación democrática sea de los órganos en sí sea del producto de su actividad, me reservo volver con más detalle en una sucesiva ocasión, tratándose de un problema político e institucional actualmente de importancia y relevancia primaria.

también la idea de una absoluta ‘incontrolabilidad’ de las ‘sentencias’, una vez agotadas todas las instancias de control previstas por el ordenamiento al interior de la misma corporación de jueces (establecida, obviamente, la absoluta ‘no sancionabilidad’ de los jueces por las ‘elecciones’ efectuadas en sede interpretativa¹⁵², quienes deben permanecer, como personas físicas, ‘independientes’ de cualquier otro poder: véase *amplius infra*, § 18). Por lo cual una solución tiene la misma ‘dignidad’ de propuesta que la otra (no siendo dictada por razones lógicas, más correctamente: de racionalidad jurídica, sino solo políticas que, en cuanto tales, son cualificables solo como oportunas o inoportunas, según parámetros de evaluación por lo tanto lógicamente diferentes de los jurídicos). Aunque las propuestas que ven en el Parlamento, en forma directa o indirecta, la ‘sede final’ del ‘control político’ sobre la interpretación judicial, resultan al menos congruentes con el principio fundante de cualquier sistema democrático moderno o sea que la ‘soberanía’, que se ejerce a través de las tres ‘funciones’ legislativa, ejecutiva y judicial, pertenece, en la democracia, en su totalidad, exclusivamente al ‘pueblo’.

En esta perspectiva, la ‘última palabra’, que se necesita tener el coraje de reconocer como lógicamente ‘arbitraria’, en cuanto puramente ‘política’, ‘retorna’ así al órgano, el Parlamento, que, en la democracia, hace las ‘leyes’, por su naturaleza ‘generales’ y ‘abstractas’ y por lo tanto capaces de garantizar aquel derecho ‘fundamental’ constituido –como ya lo decía Beccaria– por la ‘igualdad’ de los ciudadanos ante las normas, ‘última palabra’ de la cual el Parlamento se asume –en vía directa o indirecta– la ‘responsabilidad política’ frente al ‘pueblo soberano’, cerrando así el ‘círculo’. En el fondo, estaremos aquí en presencia de una suerte de ‘interpretación auténtica’ de la misma ley, realizada sin embargo a través de un ‘acto jurídico’ de carácter jurisdiccional en cuanto tal individual y concreto (y no una nueva ley, que de por sí, a su vez, sería necesariamente objeto de una

¹⁵² Por lo tanto, irresponsabilidad absoluta de los jueces por las ‘elecciones’ hechas en sede interpretativa, a menos que hubieran incumplido sus deberes institucionales por dolo o culpa grave, en cuyo caso debería obviamente aplicarse una sanción. Sanción disciplinaria o incluso penal, relativamente a la cual se plantea, sin embargo, una vez más, el problema, político, de la individuación del órgano que debe aplicar estas sanciones. Si tal órgano perteneciese, o en todo caso respondiese, al mismo orden judicial –en nombre de la ‘independencia’ de la magistratura sobre la base de una ‘interpretación’ absolutamente unilateral del principio de la separación de poderes– no habría, una vez más, ninguna efectiva posibilidad de control sobre la labor de los jueces ni siquiera en casos extremos (*supra*, nota 139), descuidando el sistema de ‘pesos y contrapesos’ que debería siempre acompañar el principio de la separación de poderes para evitar cualquier tipo de arbitrariedad y de abuso (sobre este punto *amplius infra*, § 18).

ulterior interpretación por parte del juez). En una palabra, el poder definitivo de ‘interpretación’ de la ley debería retornar a quien, políticamente legitimado, tiene el poder de ‘hacer’ las leyes (es decir las ‘elecciones políticas’).

Se trata, en último término, de optar, políticamente, entre una situación de sustancial ‘arbitrariedad judicial’ y una que, viceversa, vea, al final, regresar la última palabra a las manos del pueblo o de sus representantes, y por tanto a los únicos titulares políticos de la ‘soberanía’. El verdadero problema es en el fondo –una vez más– aquel de los ‘controles’ recíprocos entre poderes, puesto que cualquier poder no limitado se vuelve ‘arbitrario’. Pero, si se requiere romper el ‘círculo vicioso’, es preciso tener el coraje de mirar la realidad y tomar una posición, necesariamente política, a favor de un poder sobre el otro. Lo que depende, evidentemente, de algo que no tiene nada de racionalmente verificable, sino que se deriva –en cada ordenamiento en un determinado momento histórico– de las efectivas ‘relaciones políticas de fuerza’, o sea de lo que comúnmente se define como constitución ‘material’. Al final, todo se resuelve en una opción ‘ideológica’ y por ende eminentemente ‘política’.

18. Separación de poderes, *checks and balances* y control político sobre la actividad judicial

Frente al grave y políticamente delicado problema de la ‘legitimación democrática’ de las ‘normas’ de creación jurisprudencial, la solución aquí propuesta de la inevitabilidad de un ‘control político’ del Parlamento, en forma directa o indirecta, parecería, al menos a primera vista, ir hacia la fácil objeción de que, al hacerlo, se violaría con toda evidencia el principio fundamental, sobre el cual debería sostenerse cualquier sistema democrático moderno, de la ‘separación’ entre los ‘poderes’ del Estado, no por casualidad desde siempre invocado contra cualquier interferencia o, peor aún, control sobre la actividad de los jueces.

Viéndolo bien, sin embargo, no me parece que la conclusión a la cual hemos llegado pueda ser entendida como una lesión al principio de separación de poderes. De hecho, dicho principio, si no quiere reducirse a un verdadero y propio ‘mito (o dogma) ideológico’, no puede existir sin un efectivo, y operante, sistema de *checks and balances*, o sea de previsiones de ‘límites’ a los mismos poderes públicos (puesto que ningún poder, en la democracia, puede ser ilimitado). Hoy, por el contrario, el principio de separación de

poderes es, en muchas realidades constitucionales –especialmente teniendo en cuenta la llamada constitución ‘material’–, totalmente ‘desequilibrado’ a favor del poder judicial, puesto que, con referencia a la actividad de los jueces, no existen de hecho –pero también a nivel institucional-constitucional– esos ‘contrapesos’ que, lógicamente, si quieren ser efectivos, deben estar en cabeza de un poder ‘externo’ y, a su vez, ‘independiente’ respecto al poder judicial¹⁵³.

En la concreta dinámica constitucional de los actuales sistemas de *civil law*, en efecto, el ‘poder jurisdiccional’ (a diferencia del legislativo y del ejecutivo, poder ‘difuso’ del cual es titular, en su integridad, cada juez y que se ejercita en la decisión del caso concreto) ‘controla’ todos los demás poderes (en particular, ‘cuestionando’ –a menudo sin límite alguno– también las personas físicas que constituyen sus órganos) pero, de hecho, no es a su vez realmente ‘controlado’ por ninguno. Más bien, como hemos visto (*supra*, § 16), los ‘mitos’ iluministas de la ‘separación de poderes’ y de la ‘sujeción del juez solo a la ley’ son hoy paradójicamente invocados por los jueces –y en concreto valen en el efectivo operar de la ‘constitución material’– solo en función ‘antigarantista’ como fundamento jurídico-político para afirmar o reivindicar la ‘ilegitimidad’ (y por lo tanto la imposibilidad) de cualquier tipo de interferencia o, peor aún, de control sobre la actividad judicial, ni siquiera en los casos de arbitrariedades más graves y evidentes por parte de los jueces.

En primer lugar, es necesario aquí subrayar como la palabra ‘poder’ es un término polivalente y por lo tanto ambiguo: puede ser en efecto entendido como sinónimo sea de un ‘órgano’ titular del poder, sea de la situación jurí-

¹⁵³ Recuerda Calamandrei como, en las discusiones desarrolladas sobre la nueva Constitución en la Asamblea Nacional francesa de la Revolución sobre cuál de los tres poderes debería ejercer la función de control finalizada a impedir a los jueces invadir el campo propio del legislador, “todos los oradores [entre los cuales Robespierre] estuvieron de acuerdo en considerar que esta función de control no forma parte absolutamente del poder judicial: no solo porque, conceptualmente, anular sentencias contrarias al principio de la separación de poderes es cosa muy diferente a juzgar, sino porque *en la práctica habría sido absurdo confiar la función de vigilancia al mismo poder que se quería vigilar* [cursivas mías]. Lo notaban con gran claridad Robespierre [...] y Goupil” (1920, p. 444). Más bien, Robespierre, negando que tal función pudiese ser atribuida al poder ejecutivo, y descartado también explícitamente que pudiese tratarse de un nuevo y diferente poder, terminaba diciendo que: “*Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif*, y su conclusión resumía ciertamente el pensamiento de todos los oradores de la Asamblea, convencidos de que, como pertenece al legislador el poder de crear las leyes, y aquel de interpretarlas [...], así a él pertenece *le pouvoir de veiller au maintien des lois* [nota 7: Es, todavía, una expresión de Robespierre, 25 maggio 1790 (‘Moniteur’, 1790, 593)], *parce que* –para decirlo con las palabras de Le Chapelier al presentar a la Asamblea el diseño del Tribunal de Casación– *après le pouvoir de faire la loi, venoit naturellement celui d’en surveiller l’observation*” (*ibidem*, pp. 445-446).

dico-subjetiva atributiva de la capacidad jurídica de hacer algo y, por ende, como ‘actividad’ que constituye ejercicio del poder, sea de ‘producto’ o resultado de la actividad con la cual el poder es ejercitado. En esta óptica, el poder judicial –más correctamente: ‘jurisdiccional’, poder, como se ha dicho, ‘difuso’ entre todos los jueces, a diferencia del legislativo y del ejecutivo– no va por tanto confuso, en su dimensión ‘subjetivo-personal’, con el ‘conjunto’ de los jueces como órganos que, en su totalidad, constituyen inversamente el ‘orden judicial’.

El correcto significado de un concepto de ‘separación de poderes’, realmente respetuoso del fundamento político último de la ‘soberanía popular’, se identifica en mi opinión solo con la absoluta ‘independencia’ e ‘incontrolabilidad’ de las personas físicas titulares de las funciones típicas de cada poder con respecto a órganos de otros poderes. En el sentido, en particular, de que los órganos de cada poder no pueden ser nominados o elegidos por miembros pertenecientes a otros poderes (así, los jueces no pueden ser nominados por el Parlamento o por el Gobierno); así como no es admisible el ‘cúmulo’ en una misma persona física de las funciones típicas de poderes diversos (por ejemplo, jurisdiccionales y legislativas: una misma persona no puede ser contextualmente juez y diputado)¹⁵⁴. Pero sobre todo eso comporta que las personas físicas que representan, singular o conjuntamente, un poder deben gozar de especiales ‘privilegios’ e ‘inmidades’ (funcionales) que les ‘garanticen’ su protección contra cualquier posible ‘interferencia’ y condicionamiento, especialmente en sus derechos de libertad, por parte de los órganos de otros poderes.

Esto no significa sin embargo que la ‘actividad’ de estos órganos, o mejor el ‘resultado’ de dicha actividad, que constituye concretización de un cierto poder, no pueda ser ‘controlado’ por órganos de otros poderes (o que respondan directamente a otros poderes): si así no fuese, sería también teóricamente inimaginable un sistema efectivo de *checks and balances*. De hecho todos los poderes, directa o indirectamente, deben en todo caso responder al único ‘soberano’ –en el sentido ‘originario’ de *superiorem non recognoscens*– que en democracia es el pueblo. Donde, entre otras cosas, la peligrosidad desde el punto de vista democrático de todos los llamados poderes de ‘garantía’, como

¹⁵⁴ La prohibición de cúmulo en una misma persona de funciones judiciales y funciones legislativas era expresamente establecida en la Constitución revolucionaria francesa del 3-14 de septiembre de 1791, cap. I, sec. 3^a, art. 5.

las actuales Cortes constitucionales o las llamadas Autoridades ‘independientes’, no legitimados democráticamente, en los límites en los cuales su actividad no es susceptible de control por parte de otros poderes¹⁵⁵. Ningún poder puede en efecto prescindir de la legitimación que se deriva de la soberanía popular, ni siquiera el judicial. Por ello, la ‘independencia’ de la magistratura significa, por lo tanto, solo que los jueces –en cuanto personas físicas– no pueden depender, ni desde el punto de vista de la nómina ni jerárquica o funcionalmente, de otros órganos del Estado expresión de otros poderes; no viceversa, que su actividad esté sustraída de controles democráticos o mejor que el producto de dicha actividad no debe ser legitimado democráticamente (especialmente en ordenamientos en los cuales incluso la ley del Parlamento, máxima expresión de la soberanía popular, es cuestionable por una Corte Constitucional, que puede paralizar su eficacia o incluso sin duda anularla). La confusión, como hemos visto, nace de la ambigüedad de la palabra ‘poder’ que se identifica con los órganos que lo representan pero también con la actividad que ejercen y con el producto de dicha actividad.

Prescindiendo, por lo tanto, del significado políticamente realista en un sistema efectivamente democrático que me parece se debe atribuir al principio de separación de poderes, considero en todo caso esencial que, al final, la ‘última palabra’ en materia de ‘aceptabilidad política’ de las normas de creación judicial regrese siempre al pueblo soberano (en el sentido de quien tiene su representación, es decir el Parlamento, en vía directa o indirecta). Se trata de una propuesta política que, en cuanto tal, tiene la misma dignidad de aquella que, por el contrario, ve como políticamente oportuna la incuestionabilidad de las decisiones judiciales fuera de las instancias de control ‘internas’ a la misma corporación de los jueces.

En la perspectiva aquí sostenida no hay sin embargo ningún atentado a la independencia de los jueces (como también a menudo erróneamente se repite). Se trata en efecto solo de decidir entre dos opciones ambas políticas. Y en política no valen las calificaciones de verdadero o falso (típicas de proposiciones ‘asertivas’), justo o injusto (conforme al derecho ‘natural’),

¹⁵⁵ Esto confirma, en mi opinión, como, en la conocida disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre a cuál órgano habría sido preferible conferir el rol de ‘garante’ de los equilibrios constitucionales, tenía razón el segundo, para quien ‘guardián de la Constitución’ debía ser, no una Corte Constitucional formada por algunos denominados ‘sabios’, sino por el *Reichpräsident* cuando sea elegido directamente por el pueblo y democráticamente legitimado.

sino solo (más laicamente, como es la política) de oportuno o inoportuno (juicios absolutamente contingentes y por tanto ‘relativos’). Solo así, reconociendo la ‘última palabra’ al Parlamento, se garantizaría efectivamente, en mi opinión, un sistema de *checks and balances*, de entender correctamente como ‘posibilidad de control’ sobre la ‘actividad’ –más correctamente: sobre el ‘producto’ de la actividad– de cualquier poder por parte de otro poder.

A lo sumo, traduciéndose los *checks and balances* en un ‘círculo’ de controles ‘recíprocos’ entre poderes –controles a través de los cuales un sistema ‘sano’ políticamente puede siempre lograr un punto de ‘equilibrio’, también éste necesariamente político–, como la serie ‘circular’ de los sucesivos controles se debe antes o después necesariamente ‘cerrar’, se deriva lógicamente que, al final de la cadena, un poder debe inevitablemente ‘prevalecer’ sobre los otros. Y, en la democracia, tal poder no puede ser otro que el poder legislativo, puesto que el único ‘arbitrio’ políticamente aceptable, en un sistema en el cual la ‘soberanía’ pertenece exclusivamente al ‘pueblo’, es solo aquello que emana del Parlamento cual órgano representativo directamente legitimado por la voluntad política del pueblo soberano. Con la consecuencia, entre otras cosas, de que la única ‘incuestionabilidad’ políticamente aceptable en un sistema realmente democrático debería referirse solo a la ‘ley’ del Parlamento. Lo que debería comportar un ordenamiento sin Corte Constitucional o, al máximo, con una Corte Constitucional cuyo resultado de su actividad pueda ser, a su vez, controlado por el mismo Parlamento; o bien que prevea sin duda un poder de control ‘difuso’ sobre la ley por parte de los mismos jueces¹⁵⁶, cuya elección sea, a su vez, ulteriormente controlable por el Parlamento (según una serie de combinaciones diversamente hipotizables).

Considérese entonces como la solución aquí propuesta permitiría además ver en el Parlamento, órgano expresivo de la voluntad del pueblo soberano, el tutor último –y por lo tanto necesariamente político– del *habeas corpus*, o sea de la ‘inviolabilidad de la libertad personal’ como derecho fundamental del hombre; con la lógica consecuencia de que –en la dinámica de la experiencia penal– al juicio político final del Parlamento –en forma directa o indirecta–

¹⁵⁶ Tal control no debería sin embargo comprender jamás, en mi opinión, la denominada ‘razonabilidad’ de la ley, puesto que eso se traduce siempre, al final, en un –inadmisible– control sobre las mismas ‘elecciones políticas’ del Parlamento, como queda confirmado a través de la experiencia concreta sobre el modo de actuar de las Cortes constitucionales donde existen como resultado de su –en mi opinión políticamente arbitraria– ‘interpretación’ del principio de igualdad.

deberían llegar solo las cuestiones jurídicas atinentes a tal libertad, lesionada por la sanción penal, y por lo tanto solo los casos de quejas por parte del ciudadano que se considere injustamente sancionado. No entonces si quien se queja es el Fiscal que quiere llegar a la afirmación de la responsabilidad penal de un sujeto pese a una previa decisión de absolución por parte del juez¹⁵⁷.

Solo así se volvería también, entre otras cosas, concreto y efectivo el principio, solemnemente sancionado por las Cartas constitucionales¹⁵⁸, de que “la justicia es administrada en nombre del pueblo”, es decir de quien en democracia es el único titular de la ‘soberanía’. Como es además solemnemente ratificado a través de la fórmula “En nombre del pueblo” con la cual se titulan todas las sentencias; lo que confirma ulteriormente la exigencia, política, de ‘legitimar democráticamente’, en modo efectivo y no meramente ‘declamatorio’, el ‘resultado’ de la interpretación del juez, o sea la ‘norma’ por él cada vez creada para la solución del caso concreto.

Conclusión esta, por otra parte, incluso ‘tranquilizante’ para el mismo juez, muchas veces ‘comprimido’ entre la presión –tal vez ‘justiciera’– de la opinión pública (quizás ‘incitada’ por los medios de comunicación) y el respeto de la voluntad política del Parlamento impuesto por su conciencia y deontología profesional, dado que la propuesta aquí presentada termina por ‘descargar’ (en vía directa o indirecta) la ‘responsabilidad’ de una determinada interpretación –incluso en casos políticamente ‘sensibles’ y socialmente muy relevantes que determinan situaciones de ‘tensión’ en la opinión pública– sobre el único órgano que, institucionalmente, debe responder políticamente al pueblo soberano en cuanto por éste políticamente ‘legitimado’ (puesto que nunca –en los sistemas que no admiten la elección directa de los jueces por parte del pueblo– el juez, como órgano, puede ser considerado políticamente responsable de algo). Con consecuente ventaja, sobre todo de ‘imagen’, también para los jueces.

Y no hay duda de que en caso de ‘conflicto’ entre justicia y política –según una fórmula periodística hoy muy de moda– la ‘última palabra’, en una verdadera democracia, debe necesariamente corresponder a la

¹⁵⁷ En tal caso el fiscal podría, al máximo, y solo cuando sea autorizado expresamente por la ley, ‘solicitar’ al Parlamento ‘revaluar normativamente’ –o sea en via general y abstracta– la situación objeto de la decisión por él considerada ‘ilégitima’.

¹⁵⁸ En Italia, véase el art. 101, inciso 1, de la Costituzione.

‘política’, es decir justamente, en vía directa o indirecta, al ‘pueblo soberano’ (aún pudiendo obviamente ser diferentes los mecanismos funcionales a este fin)¹⁵⁹. En una palabra: es la política la que, en cuanto expresión del pueblo soberano, gobierna el derecho, como su fuente democráticamente legitimada; no puede ser, al contrario, el derecho, especialmente si es creado por los jueces a través de la interpretación, el que gobierne la política.

19. Conclusiones

Tal vez la aspiración –política– a la ‘certeza’ de los delitos y de las penas (y de su aplicación) como instrumento esencial de la garantía de las libertades, personal y política, de los ciudadanos, en función de aquella ‘igualdad’ entre los hombres que descende de una aplicación ‘uniforme’ del derecho, constituye todavía un ‘mito’ al cual, sin embargo –no obstante las seducciones del momento histórico a favor de instancias ‘sustancialistas’ de (supuesta) ‘justicia’ (y tal vez de ‘equidad’: piénsese en la relevancia que ciertas corrientes de pensamiento dan a la ‘tutela de la víctima’, especialmente en el sector del derecho internacional penal), que pueden provenir solo de un rol ‘intervencionista’ siempre más incisivo del juez–, muchos penalistas de todos los continentes –entre los cuales me adscribo– se obstinan, a pesar de todo, a permanecer fieles. Seremos quizás ingenuos o, peor, pertinaces ilusos frente a las “magníficas suertes y portadoras de progreso”¹⁶⁰ que se están abriendo al horizonte del tercer milenio a favor de un ‘nuevo’ (*sic!*) derecho penal, atento más a la ‘eficiencia’ que a las ‘garantías’ y del cual el juez sería el verdadero intérprete y garante.

Ya la historia del siglo pasado ha visto como de buenas intenciones fueron empedradas las –desafortunadamente reales!– vías del infierno (a partir de las enseñanzas de la Escuela positiva), cuando se quiso abandonar el terreno de las garantías en materia penal. Deseo aquí, entonces, cerrar este discurso usando las palabras de mi Maestro, Marcello Gallo, que, me parece, son

¹⁵⁹ Recuérdese la frase de Charles-Louis de Secondat de Montesquieu (1989): “En los estados despóticos no existe ley: el mismo juez es la regla” (Libro VI, capítulo III, p. 225). Véase también Verri, donde afirma que “El solo despotismo establemente útil, más bien necesario para la prosperidad de una nación, es el despotismo de las leyes” (1960, p. 488).

¹⁶⁰ Giacomo Leopardi, *I Canti*, XXXIV – *La ginestra, o fiore del deserto*: “[...] Dipinte in queste rive/ Son dell’umana gente/Le magnifiche sorti e progressive. [...]” (versi 49-51). [Trad.: “Pintadas en estas orillas/Son de la humana gente/Las magníficas suertes y portadoras de progreso”]. Clásico ejemplo de ‘antífrasis’ o ‘ironía’, figura retórica consistente en una afirmación que da a entender que quien habla o escribe quiere significar lo opuesto.

eficazmente expresivas de la ‘situación espiritual’ que actualmente atraviesa la ciencia penalista:

deliberadamente [...] [dice él], me ubico en un círculo cultural en el cual sobresalen los principios del garantismo y de la certeza. Y así sean mitos. Porque si es bueno que se encuentren tantos espíritus críticos, listos a espiar, a descubrir y denunciar los mitos, los mitos duros de morir conservados o insinuados en la vida de hoy, pienso por ejemplo en el Barthes de las *Mythologies*, creo también que deberíamos estar todos tan iluminados como para ser capaces de creer en un mito, sabiendo que es un mito (1999, p. XVIII).

Y la ‘certeza’ de los delitos y de las penas y la ‘igualdad’ que descende de una aplicación uniforme del derecho penal son ‘mitos’ para cuya afirmación, todavía hoy –tal vez más hoy que ayer–, debemos ser deudores de aquel pequeño libro de Beccaria, del cual estamos celebrando los 250 años de su publicación.

Referencias

- Agudelo, N. (2014). Estudio preliminar y notas. En C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Edición 250 años (con un Estudio preliminar y notas a cargo de N. Agudelo) (pp. 17-57). Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Antolisei, F. (1960). *Manual de Derecho penal. Parte general* (trad. directa del italiano por J. Del Rosal y Á. Torío). Buenos Aires: UTEHA.
- Anzon, A. (1975). *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*. Milano: Giuffrè.
- Audegean, Ph. (2011). Codification et interprétation. Le § IV des Délits et des peines de Beccaria. *L'irascible*. En *Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences Criminelles*, (n. 1) ("Les Lumières du pénal")15-34.
- Beccaria, C. (2014). *De los delitos y de las penas*. Edición 250 años (con un Estudio preliminar y notas a cargo de N. Agudelo). Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Bobbio, N. (1979). *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- Cadoppi, A. (2014). *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, (2ª ed.). Torino: Giappichelli.
- Calamandrei, P. (1945). Prefazione. En C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (a cargo de Piero Calamandrei). Firenze: Le Monnier.
- Calamandrei, P. (1920). *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazioni*. Milano-Torino-Roma: Fratelli Bocca editori.
- Carnelutti, F. (1949). *Lezioni sul processo penale*, vol. I, (2ª ed.). Roma: Edizioni dell'Ateneo.
- Cordero, F. (1959). *Il giudizio d'onore*. Milano: Giuffrè.
- Crisafulli, V. (1974). *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, (2ª ed.). Padova: Cedam.
- de Secondat de Montesquieu, Charles-Louis (1989). *Lo spirito delle leggi*, vol. I. Milano: BUR-Rizzoli.

- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de N. Bobbio (trad. P. Andrés Ibáñez et al.), (5ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (trad. de P. Andrés Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel). Madrid: Editorial Trotta.
- Fiandaca, G. (2002). *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*. En G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti* (pp. 33-64). Padova: Cedam.
- Fiandaca, G. (2002). *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*. En G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti* (pp. 21-32). Padova: Cedam.
- Fiandaca, G. (2002). *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*. En G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti* (pp. 3-19). Padova: Cedam.
- Filangeri, G. (1841). *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*. En G. Filangeri, *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti* (1774), vol. II. Bruxelles: Tipografia della Società Belgica.
- Gadamer, H. G. (1972). *Verità e metodo* (trad. italiana a cargo de G. Vattimo). Milano: Bompiani.
- Gallo, M. (1999). *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*. Torino: Giappichelli.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del Derecho* (trad. L. Villar Borda y A. M. Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. E. García Máynez), (2ª reimpr.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas* (trad. H. C. Delory Jacobs). México D.F.: Editorial Trillas.
- Kelsen, H. (1997). *Teoría pura del derecho* (trad. del original en alemán R. J. Vernengo), (9ª ed.). México D. F.: Editorial Porrúa.

- Monateri, P. G. (1993). *Voz: Interpretazione del diritto*. En *Digesto Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, vol. X, (4ª ed.). Torino: UTET.
- Mortati, C. (1998). La costituzione in senso materiale. En *Centro di Studi "Per la storia del pensiero giuridico moderno"*, 49, (reimpresión inalterada con una premisa de G. Zagrebelsky). Milano: Giuffrè.
- Pagliari, A. (2007). Il reato. En C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (Coord.), *Trattato di diritto penale*, vol. II. Milano: Giuffrè.
- Paresce, E. (1975). L'interpretazione nella dinamica del diritto, en E. Paresce, *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas* (trad. del alemán, notas y estudio preliminar de J. L. Muñoz de Baena Simón, A. de Prada García y P. López Pietsch), (1ª reimp.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Trapani, M. (2004). Dal pubblico ministero "giudice" al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia? Gestione della politica criminale e ruolo della pubblica accusa nella riforma del sistema penale. En AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi* (pp. 275-340). Torino: Giappichelli.
- Trapani, M. (2006). *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, vol. I. Torino: Giappichelli.
- Trapani, M. (2011). Abrogatio. Contributo alla dommatica dell'ambito di validità temporale della norma giuridica penale. En *Giurisprudenza italiana*, (2)478-492.
- Trapani, M. (2012). Consideraciones sobre la legitimación y los límites del derecho penal. En D. Araque (Coord.), *Estudios de Derecho penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla* (pp. 755-777). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Trapani, M. (2014). Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale. En G. Dalla Torre y C. Mirabelli (Coord.), *Verità e metodo in giurisprudenza. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25º*

- Anniversario della consacrazione episcopale (pp. 627-654). Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.
- Velásquez, F. & Wolffhügel, C. La jurisprudencia como fuente formal del Derecho Penal. Prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial. En *Cuadernos de Derecho Penal* (9)143-179.
- Verri, P. (1960). Sulla interpretazione delle leggi (1765). En “*Il Caffè*”, tomo II, foglio XXVIII (a cargo de S. Romagnoli) (pp. 483-489). Milano: Feltrinelli.
- Zweigert K. & Kötz H. (1992). *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 1: *Grundlagen*, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*. Milano: Giuffrè.