

Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia (*)

JUAREZ TAVARES

Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Gama Filho, de Río de Janeiro

1. INTRODUCCION

La tradición del Derecho Penal Brasileño está asentada en el derecho escrito, incluyendo tantó la vigencia de las antiguas Ordenanzas del Reino cuanto la promulgación del primer Código Penal del Imperio (1830). Dejando a un lado el problema práctico de la aplicación de

(*) Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE.

Texto de la ponencia mantenida en el VII Congresso Brasileiro de Ciências Penais, celebrado en Capão de Canoa (Rio Grande do Sul), del 17 al 21 de marzo 1987.

Respecto a la materia tratada en el texto, conviene exponer, brevemente, las orientaciones principales dominantes en la doctrina:

a) A favor de la diferenciación entre analogía e interpretación extensiva:

ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal I*, p. 207; MAURACH, «Deutsches Strafrecht», en *AT*, 1971, página 1087; BAUMANN, «Strafrecht», en *AT*, 1975, p. 157, entre otros.

b) En contra de la diferenciación entre analogía e interpretación extensiva: JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1978, p. 106; STRATENWERTH, «Strafrecht», *AT*, 1976, p. 44; SAX, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953; BOBBIO, «L'analogia e il diritto penale», en *Rivista Penale*, 1938; MASSARI, *La norma penale*, 1913.

c) En contra de la extensión a la alteración jurisprudencial del principio de irretroactividad, en *malam partem*:

WESSELS, «Direito Penal» *PG*, p. 12; en cierto modo, JESCHECK, *ob. cit.*, p. 103, nota 34; SCHMIDHÄUSER, «Strafrecht», *AT*, 1970, p. 86; BOCKELMANN, «Strafrecht», *AT*, 1975, página 22.

d) A favor de que también la jurisprudencia se someta al principio de prohibición de retroactividad en perjuicio del reo:

SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 1977, p. 38; GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei Veränderung der Rechtsprechung*, 1970, p. 19; con algunas limitaciones: HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, 1984, pp. 324 y ss.; MUÑOZ CONDE, nota a la obra de Hassemer cit., página 326; BAUMANN, *ob. cit.*, p. 127. En el derecho brasileño, el que esto escribe defendió esta posición en la nota 5 a la traducción del libro de WESSELS, *aut. cit.* HELENO FRAGOSO se pronunció en contra de la prohibición de retroactividad («Observações sobre o Princípio de reserva legal», en *RDP*, p. 84); MESTIERI a favor («A Norma no Direito Penal», en *Norma Jurídica*, 1980, pp. 149 y ss.); ROSA MARÍA CARDOSO CUNHA pone en duda la eficacia de garantía de la ley penal y del principio de legalidad, rechazando las diferencias entre interpretación y analogía (*O Caráter Retórico do Princípio de Legalidade*, 1979).

este derecho escrito en las Colonias, hecho poco probable dada la casi inexistencia de ejemplares de las Ordenanzas y la amplia libertad en la represión concedida por las cartas regias a los titulares de las Capitanías, la expresión formal del sistema punitivo siempre fue y continúa siendo la Ley.

Obsérvese que, antes que en otros países, las constituciones brasileñas (desde la Constitución Imperial de 1824) y nuestros códigos penales consagraron en su texto el principio de legalidad, como postulado de la imposición de pena. La discusión sobre la vinculación del Juez a la ley está, por tanto, presente en el derecho brasileño, lo que pone en evidencia el cuestionamiento del proceso de interpretación y la eficacia de la ley escrita y del propio principio de legalidad.

2. LA INTERPRETACION DE LA LEY

Los manuales de Derecho Penal, en su mayoría, contienen entre sus materias, aunque ello no constituya propiamente objeto de esta disciplina, consideraciones sobre las reglas y métodos de interpretación de la ley. Es comprensible esa preocupación de los penalistas por la interpretación de la ley, en la medida en que, en el Estado moderno, la intervención en la libertad individual se hace a través de esa ley y a través de ella se procesa la relación de clases dominantes-clases dominadas en el ámbito del poder estatal y se permite la hegemonía de los componentes del bloque en el poder, haciendo factible su legitimidad y posibilitando el llamado consenso popular en su mantenimiento.

Estos manuales, sin embargo, no cuestionan el contenido de la ley, ni suministran elementos para una tarea de ese orden. Solamente acostumbra a reproducir formalmente las reglas de interpretación tradicionales y de modo descriptivo. Así, se acostumbra a decir que la interpretación se clasifica, primeramente, en cuanto a las fuentes, después en cuanto a los resultados, y además se subordina a ciertos elementos que la convierten en exigible. Por las fuentes, la interpretación se clasifica en auténtica, doctrinal y judicial. Por los resultados, se habla de interpretación declarativa, restrictiva y extensiva. Los elementos de la interpretación se presentan como gramatical, lógico, sistemático, histórico, sociológico y teológico. Como remate, se distingue entre interpretación extensiva y analogía. Así se satisface la exposición.

Lamentablemente, esta exposición no sirve para nada, como no sea para mostrar una erudición insensible a la realidad. La interpretación de la ley no es una operación formal, limitada a los aspectos mencionados en los manuales. La interpretación puede ser considerada como la operación más importante de concretización del derecho; es el vínculo que une norma y realidad y que hace posible y actualizable la prohibición legal o la determinación de conducta. De ahí que puede decirse que la interpretación es, en el fondo, una recreación del propio derecho. En verdad, no hay ley sin interpretación, pues todo el pro-

ceso de recreación del derecho es, en el fondo, un proceso de concreción del binomio abstracción-concreción, inherente al sistema jurídico legalista. Significativa es, en este sentido, la posición de Bülow de que la ley, en sí misma, no es un derecho vigente, sino solamente un plan, un proyecto de ordenación futura y deseada, pues la voluntad que en ella se manifiesta solamente se completa con las decisiones judiciales (Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1975, página 7).

En todo caso, en un derecho escrito, vemos que lo que está expresado en la ley no siempre representa la complejidad de la vida real. Entre la ley escrita y la realidad subsisten otros muchos factores, extraños a las reglas de interpretación formales contenidas en los manuales. Desde la moderna teoría del lenguaje se viene demostrando cuánto se distancian las operaciones de sintáctica, semántica y pragmática. Casi siempre, las reglas formales de la interpretación se limitan al ámbito de la primera; quedando fuera una gama de indagaciones. La sintáctica se ocupa apenas de las relaciones entre palabras, de formas lógicas y de la estructura del lenguaje, no llegando a invadir las áreas de la realidad, de la experiencia y de los usos y adecuaciones concretas de esas palabras y de ese lenguaje. Y cuando los juristas se adentran en la semántica y en la pragmática, tampoco abarcan la verdadera amplitud del objeto legal, porque éste no es abarcado por las reglas preestablecidas de modo formal; lo que se consigue es tan sólo un remedo de interpretación.

Contrariamente, sin embargo, a lo que enseñan esas reglas contenidas en los manuales, cuando de la interpretación real de los tipos penales en especie se trata, los penalistas, valiéndose entonces de valores de la realidad, alteran la propia actitud, insertando en las disposiciones legales constelaciones jamás anunciadas en ellas. Con las reglas formales jamás se conseguiría obtener la comprensión de objetos como «cosa mueble», «documento», «adulterio», «mujer honesta», o llegar a la conclusión de que la sustracción consiste en el rompimiento del poder de disposición fáctica que alguien ejerce sobre una cosa y la sumisión de esa cosa al propio poder de disposición (hurto). La operación que se realiza para llegar a esos conceptos supera infinitamente las formas de interpretación anunciadas. En algunos casos, puede verse la utilización tímida de los llamados elementos de interpretación, como ocurre, por ejemplo, en la comprensión de elementos normativos del tipo, tales como «cosa ajena», «documentos» o «mujer honesta». Con todo, los elementos de interpretación, tal como son tratados en los manuales, no abarcan la complejidad de circunstancias que envuelven las características normativas del tipo. Tanto en la cuestión del concepto de «sustracción», visto superficialmente, como en la cuestión del momento ejecutivo del aborto, por ejemplo, con la discusión previa de si el embarazo se inicia en la concepción o en la anidación, de nada valen las reglas propuestas. Lo mismo ocurre con la comprensión de cuál es el sujeto pasivo del delito de aborto (clasificado como delito contra la vida), o con el reconocimiento del principio de insignificancia, como límite de incidencia de la norma prohibi-

tiva, o con la extensión de los deberes de impedir el resultado de los delitos omisivos, o con la limitación del deber de cuidado en los delitos culposos. Quien se aventurase a intentar cualquier elaboración de ese orden, por medio de los tímidos elementos de interpretación, tendría que desistir de esa tarea por falta de instrumental adecuado.

La interpretación no puede, en ningún caso, realizarse divorciada del objetivo fundamental del Derecho Penal, que es la protección de bienes jurídicos, cuya identificación y perfecta conceptualización indica el sentido de la norma prohibitiva o imperativa. Por eso, la interpretación depende de la determinación de la función del Derecho Penal, de la fijación de un objeto jurídico. Un Derecho Penal basado en la protección de la seguridad nacional, como desafortunadamente ocurre todavía en cierta forma entre nosotros, conducirá a una interpretación autoritaria, abstracta, ambigua y lesiva de la libertad individual. Digo siempre «libertad individual», porque ésta debe ser el marco limitativo del poder intervencionista del Estado y el fundamento de la indagación jurídica. Sin la preservación de esa libertad, pierde el Derecho Penal el significado de garantía que se le debe imprimir y se estará ante el arbitrio, el cual no precisa de investigación científica para mantenerse y justificarse. Pero la vinculación entre interpretación y bien jurídico es la condición esencial para que la letra de la ley se convierta en expresión de la realidad, para que se opere la transparencia de la realidad punitiva, de modo que permita al ciudadano común la comprensión de los límites de su esfera de libertad. Separar interpretación, como comprensión de la ley escrita, de un lado, y protección de bienes jurídicos, de otro, implica la destrucción de la investigación científica, impidiendo que se conteste la propia estructura y los propios objetivos del derecho vigente, que se reformen las leyes, que se altere el complejo punitivo, que se delimiten con firmeza las zonas de lo lícito y lo ilícito. Los regímenes autoritarios, como el que tuvo el Brasil, siempre enmascaran esa protección del bien jurídico, bien dando indicaciones imprecisas sobre su contenido, bien fomentando un positivismo jurídico formalista como instrumento para el mantenimiento de la ley injusta.

Además, la interpretación debe ser algo más de lo que implica la semiótica. Aunque la teoría del lenguaje procura vincular escrito y realidad, contribuyendo con sus propias leyes y enunciados de principios al esclarecimiento de lo escrito, no es, sin embargo, todavía suficiente para descifrar todo el contenido de la ley.

Ya de entrada, todo el mundo sabe lo mucho que se distancian palabra escrita y palabra hablada. El lenguaje propuesto por las academias, encerrado en diccionarios y gramáticas, si bien envuelve un plano lógico y se destina a clasificar la expresión del pensamiento, bajo un plano estructural coherente, es por sí sólo impracticable y deficiente para expresar y comprender todo lo que se quiera decir y expresar. Desde la propia variación fonética, hasta el empleo de giros, gestos, expresiones y transfiguraciones escénicas, la comunicación cotidiana es viva, en tanto que la palabra escrita es un ente que sólo camina por animación.

Del mismo modo, el lenguaje legal no representa la comprensión de la realidad normativa. Ante la considerable separación que existe entre lenguaje legal y lenguaje popular, puede ponerse en duda si lo que está escrito en la ley puede ser comprendido por el ciudadano. Conceptos como dolo y culpa, que son elementales para el jurista, se confunden en el lenguaje popular; por no decir nada de palabras como concusión, peculado, evasión de divisas, etc. A este distanciamiento se une el hecho de que por más amplia, clara y precisa que sea la norma jurídica, siempre contiene conceptos vagos, imprecisos, subjetivos (los llamados conceptos vinculados a las disposiciones anímicas), necesitados de valoración y condicionados.

Conviene también recordar que la ley desempeña un papel importante en la represión. Al mismo tiempo que legitima la acción física del Estado, permitiendo el empleo de violencia contra el infractor (privación de libertad, restricción de derechos, expropiación de patrimonio y, en algunos países, incluso la muerte), materializa la ideología dominante y sirve de instrumento eficaz en la creación del consenso en la clase dominada, que interioriza y normaliza la represión. Igualmente, la ley, al mismo tiempo que elude, engaña o encubre el verdadero sentido de su relación de clase, mediante prohibiciones o mandatos, incluye en su estructura derechos reales de las clases dominadas, resultantes de los compromisos materiales impuestos por éstas al bloque en el poder y justificadores del consenso de su legitimidad. Esta estructura contradictoria, pero significativa, de la realidad social que encierra, por medio de su discurso es apta para ocultar la contradicción en el contexto político y económico que la rodea, comporta la vacuidad y las lagunas, la imprecisión y la necesidad de valoración, hechos éstos que significan, más que descuido u omisión, brechas pensadas para permitir las «violaciones de legalidad».

La tarea de la interpretación, ante ese cuadro de legalidad, que es menos lineal de lo que se imagina y que funciona comportando la ilegalidad, es profundamente importante como instrumento que sirve para demostrar con claridad esas contradicciones y defectos que la ley encierra, haciéndola comprensible al ciudadano, identificando sus objetos vagos e imprecisos, eliminando sus restos autoritarios, corrigiendo el alcance e imponiéndole los necesarios límites, como exigencia del compromiso de que la intervención estatal sólo se haga en los casos allí previstos y que la protección del bien jurídico no se convierta en vehículo de opresión y destrucción de la libertad individual.

Esta operación interpretativa, como procedimiento de garantía, no es una actividad puramente mecánica. Está profundamente imbricada en el complejo de fuerzas sociales activas que forman y componen la realidad vital. Como tal, es evidente que son inescindibles interpretación y realidad, no pudiendo separarse nunca jurista y condición de clase, Juez e ideología. La lucha toda por un Derecho Penal auténticamente liberal no parte de las reglas formales propuestas en los manuales, sino de su superación por medio de una operación crítica y objetiva, fijando con claridad el objeto de protección penal y limitando el arbitrio judicial, sin engañar al destinatario de la norma, diciéndole

que todo se puede resumir con la clasificación de los elementos discursivos.

3. INTERPRETACION Y ANALOGIA

Cuando se habla de limitar el arbitrio, conviene hacer una referencia a la analogía, anatema de todos los juristas.

Hay, ciertamente, una cierta aversión a la analogía, y muchas páginas se han escrito para demostrar la diferencia entre analogía e interpretación extensiva, entre analogía e interpretación analógica, afirmando sólo la admisibilidad de las aludidas formas de interpretación y la prohibición de analogía.

Veamos algunos ejemplos.

El delito del artículo 172 del Código Penal (expedir o aceptar un duplicado simulado) tiene como objeto material el duplicado que no corresponde a una venta efectiva de bienes o a una real prestación de servicios. Aunque el objeto de la acción se refiere tan sólo al duplicado, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que en esta expresión también se incluye el triplicado, es decir, el título de extravío o pérdida del duplicado, interpretándose este concepto, así se dice, extensivamente.

El hurto cualificado mediante el uso de llave falsa (art. 155, 4, III) viene comportando, aunque con contestaciones, una interpretación extensiva, para incluir también como llave falsa la verdadera obtenida indebidamente.

En el delito de robo cualificado por el empleo de arma (artículo 157, 2, I), se considera que la cualificación también es aplicable cuando el arma es de juguete. Los juristas que apoyan esta tesis, mantenida también por los Tribunales, dicen que se trata de una interpretación extensiva, equiparando la apariencia de arma al arma real, efectiva.

El homicidio cualificado por el medio, previsto en el artículo 121, 2, III, se da cuando el medio empleado es veneno, fuego, explosivo, asfixia, tortura o cualquier otro que se clasifique como insidioso o cruel. *Los autores consideran que la referencia a otro medio insidioso o cruel constituye una indicación para que, con base a los ejemplos ya previamente fijados, y el intérprete pueda ampliarlo analógicamente a otros semejantes.* Este procedimiento se denomina interpretación extensiva analógica.

La dificultad de establecer, desde el principio, una diferencia entre analogía e interpretación es prácticamente insalvable. En el fondo, todo proceso de interpretación es un procedimiento analógico. Negar este hecho no ayuda en nada a limitar el poder estatal. Por el contrario, si se deja la protección unida únicamente al plano conceptual abstracto, se convierte en letra muerta el principio de legalidad.

Pero ¿qué es, finalmente, la analogía? Sin necesidad de incursiones mayores, basta sólo con citar a un autor representativo de la doc-

trina brasileña, Carlos Maximiliano, quien, con apoyo en la doctrina extranjera y sobre todo en la lógica de Stuart Mill, conceptúa la analogía como «pasar por inferencia de un asunto a otro de especie diversa», bajo la «presunción de que dos cosas que tienen entre sí un cierto número de puntos de semejanza pueden consecuentemente asemejarse a otras más» (*Hermeneutica e Aplicação do Direito*, 1961, p.257).

En relación al derecho, propone la vigencia de los siguientes presupuestos:

- a) Una hipótesis no prevista.
- b) La relación contenida en el texto, aunque diversa a la examinada, debe tener con ella un elemento de identidad.
- c) Ese elemento debe ser esencial, esto es, el hecho jurídico que dé origen al dispositivo.

De aquí se deduce que la analogía en el ámbito jurídico es más compleja que en la Matemática. En ésta los elementos de la relación son siempre cuantitativos, de modo que, formulados tres presupuestos de la proposición, el cuarto elemento es inferido ya automáticamente. Si, por ejemplo, *X* es antecedente de *Y* e *Y* antecedente de *Z* está claro que *X* es también antecedente de *Z*. Ahora bien, este razonamiento sólo vale para las denominadas relaciones transitivas, cuyo principio, muy bien expuesto por Bertrand Russel (*Introdução a Filosofia de Matematica*, capit. VI), viene así anunciado: la afirmación de que *X* se encuentra en relación transitiva con *Y* y de que *Y* se encuentra en relación transitiva con *Z*, implica la afirmación de que *X* se encuentra en relación transitiva con *Z*. Esta forma de analogía es perfectamente identificable y no presenta problemas para, una vez identificada, prohibirse o permitirse su extensión.

Pero la forma de analogía empleada en el Derecho corresponde a lo que Aristóteles llamaba ya «procedimiento de semejanza», donde resalta como aspecto fundamental la probabilidad. Aquí no tenemos ya tres elementos cuantitativos, relacionados entre sí de forma que se infiera obligatoriamente un cuarto elemento. El razonamiento es otro: dados tres elementos de una proposición, el cuarto elemento no viene dado con ellos. Esta relación constituye entonces apenas una regla para encontrar un cuarto elemento, una experiencia o un signo para descubrirlo (Kant, *Crítica de Ração pura*, III, 3). El descubrimiento de un elemento implica, pues, establecer que probablemente, verificadas las condiciones dadas, un elemento rige como aquellos que ya son conocidos y fueron antecedentemente delimitados.

La inserción de la categoría calidad en la determinación de la analogía confunde al intérprete que piensa estar desdoblado la norma jurídica, como un desenvolvimiento natural e implícito, cuando está creando algo en ella inexistente. Se está ante el mismo razonamiento, criticado por Stuart Mill: si la Tierra es un planeta y un planeta habitado, la existencia de otros planetas semejantes conduce a la conclusión de que también están habitados. Este razonamiento es sorprendente, porque, si, por un lado, estimula la fantasía y la creación, por otro lado, camina en la más absoluta incertidumbre e imprecisión.

Ciertamente, lo que más fluctúa en este análisis es la identificación del signo, del elemento esencial, del hecho jurídico que dio origen al dispositivo, utilizando la terminología (no muy precisa) de Carlos Maximiliano. Pero, ¿qué debe ser tomado como esencial en la norma jurídico-penal?

Partamos de uno de los ejemplos anteriormente citados.

En el caso de la cualificación del robo, existe una norma que prevé la agravación de la pena cuando se emplea un arma; el arma de juguete no es un arma; pero guarda con ella algunos puntos comunes: la denominación, la apariencia y, según algunos, la capacidad de intimidar. Esta capacidad de intimidar es un elemento valorativo, resultante de la experiencia, y se inserta en un juicio de probabilidad; no es un elemento de fácil identificación.

El Tribunal Supremo, en las decisiones en que trata esta materia (RTJ 113/401; RTJ 103/443; RTJ 92/1368; RTJ 609/448), tanto para negar como para afirmar la existencia de la cualificación, parte de que el arma de juguete tiene tanta capacidad de intimidación como el arma real, de ahí que la agravación de la pena puede aplicarse como si el arma fuera de verdad. Aunque el Tribunal Supremo entiende que, decidiendo así, apenas está interpretando extensivamente la norma, en realidad está haciendo analogía.

Aparte de esta cuestión, el punto nodal de las decisiones analógicas del Tribunal Supremo reside en la fijación de la esencia de la protección penal, esto es, en cuanto al delito de robo, este Tribunal parte del principio de que la esencia del delito está en la intimidación, haciendo extender este carácter incluso a sus formas cualificadas.

No se puede discutir aquí, con amplitud, la objetividad jurídica del delito de robo. Sin embargo, podemos afirmar que siendo un delito contra el patrimonio, en primer plano, e igualmente un delito contra la integridad física, salud o libertad, el robo encierra un complejo panorama protector que no se resume ni en la sustracción, ni en la intimidación. Para determinar con precisión su objeto jurídico, el punto nodal no está en ninguna de esas constelaciones: en el delito complejo, las partes se desnaturalizan en favor del todo, configurando, entonces, una esencia diversa de aquéllas.

La cominación penal está, así, adecuada a ese complejo, expresando una reprobación y una prevención para el hecho total. En la cualificación permanece ese mismo sentido, significando que, en verdad, la mayor reprobación y prevención deben estar asociadas a un mayor daño y mayor peligro para el bien complejamente protegido. Basarse en que la esencia del robo está en la intimidación constituye una falacia, la intimidación no es el bien protegido, sino el medio para lesionarlo o ponerlo en peligro.

La esencia de una disposición penal sólo puede ser comprendida si se vincula al efectivo sentido de protección del bien jurídico y no a las formas, modos o medios de alcanzarlo.

Podemos resumir, ahora, que todas las veces en que, en un razonamiento, se emplea un elemento común para inferir conclusiones, se está procediendo analógicamente. El punto común en la analogía es

el *tertium comparationis*. Igualmente, en ese proceso analógico, queda fuera, en virtud del carácter de ese procedimiento, la verdadera identificación del bien jurídico protegido, pues en vez de ocuparse del sentido de la protección penal, como norma general, el razonamiento analógico estimula a que ese sentido traspase el propio elemento de la analogía.

Situada la cuestión en términos de protección de la libertad individual, es insuficiente procurarse la solución en reglas formales de diferenciación entre interpretación y analogía. La libertad individual precisa ser protegida de manera eficiente y práctica. Esto es exigencia de una orientación de garantía. Y esto sólo puede ser obtenido a través de la limitación ejercitada dentro del propio procedimiento analógico y de su subordinación al sentido de protección dado por la norma. De este modo, no todo procedimiento que emplee el *tertium comparationis* es admisible en Derecho Penal. En primer lugar, es inadmisibles cuando los dos primeros términos de la proposición no se corresponden con lo que está previsto. En segundo lugar, es inadmisibles cuando el tercer elemento, justamente el elemento relativo a la norma jurídica, no se vincula al bien jurídico protegido, o mejor, al sentido de protección penal. Cuando tales hechos se verifiquen, se estará ante analogía prohibida y no ante un mero proceso interpretativo, que también por esencia es analógico.

Volvamos, para terminar, al caso del robo y de la entrega de un duplicado simulado.

El arma de juguete está excluida de la norma porque: a) no es arma, es un juguete; b) la ley prevé el aumento de pena sólo para el arma, luego la incidencia de otros elementos semejantes, como la apariencia de arma, la capacidad de intimidar, están desde luego fuera de la previsión legal; c) el carácter de intimidación no expresa efectivamente el sentido de protección penal, porque está distante del bien jurídico ofendido.

En el duplicado simulado puede incluirse, sin embargo, también el triplicado, porque éste en el fondo no es más que un duplicado que se expide en virtud de pérdida o extravío de otro. En nuestro caso, el triplicado es un duplicado (primer elemento), hay previsión legal para el duplicado (segundo elemento) y ambos lesionan el bien jurídico protegido, porque están insertos en el sentido de la protección.

Semejante al razonamiento empleado en el robo cualificado con arma de juguete, es el que resultaría, por ejemplo, en el delito de tráfico de mujeres (artículo 231), para incluir, como objeto de la acción, que en el tipo es expresamente la mujer, también al travesti. El travesti no es mujer; la ley sólo menciona a la mujer como objeto del delito, por eso, aunque el tráfico de travestis sea reprobable y tan ilícito como el de mujeres, no es típico.

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En un derecho escrito, como el nuestro, estas cuestiones referentes a la analogía afectan muy directamente a la formulación, extensión e implicaciones del principio de legalidad.

Desde sus inicios, pasando por el Bill of Rights de 1774, la Declaración de Derechos de Virginia y la Constitución de Maryland (ambas de 1776), hasta su formulación jurídica por Feuerbach (*Lehrbuch*, 1.^a ed., 1801, parágrafo 23) y posteriores desarrollos, el principio de legalidad se ha considerado como fundamento o límite del poder estatal para intervenir en la esfera de la libertad individual, como postulado de seguridad y legitimidad del derecho burgués.

En la elaboración de este principio y en sus posteriores variaciones, se pueden detectar tres fases o etapas: el iluminismo, el liberalismo burgués y el imperialismo.

Estructurado en el derecho natural, producto del movimiento revolucionario burgués, en oposición directa a los fundamentos teológicos y religiosos idealistas del régimen feudal, el iluminismo en derecho actuó en dos sentidos: primero, para la crítica de todo el sistema jurídico feudal; segundo, para la preservación de los principios básicos de la burguesía, inherentes a cada hombre, tales como la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad. Las reglas jurídicas derivadas de este movimiento revolucionario se dirigían a cumplir estas dos tareas. Significativa de esa fase, entre otras, es la obra de Beccaria, amparada en un legalismo intransigente, asociado a una crítica constructiva y revolucionaria de un orden nuevo.

Lo que nos interesa es, sin embargo, cómo ese movimiento trataba la cuestión de la libertad. Antes de todo, libertad significa, aquí, que el propósito fundamental de la legislación y de la jurisprudencia consiste en proteger la libertad de pensamiento, la libertad económica y la libertad privada de los ciudadanos. Además, libertad significa que ninguna pena puede ser impuesta sin la presencia de una acción socialmente dañosa. Y, finalmente, ningún delito, ninguna pena sin ley.

La libertad supone, a su vez, la igualdad de los ciudadanos, lo que trae como consecuencia que la jurisdicción y las sanciones penales deban ser iguales para todos. Igualdad significa, entonces, en sentido jurídico, igualdad ante la ley y la justicia.

Con esa postura, derivada de una exigencia de clase ascendente para modificar el cuadro legal feudal y garantizar sus propósitos, no se establece, aparentemente, la diferenciación de los ciudadanos en clases, ya que la protección puede servir a todos indistintamente. Se crea, entonces, el postulado de la imparcialidad y la neutralidad de la ley y la justicia.

Por su parte, el liberalismo burgués, que tiene como marco legislativo histórico el Código Penal Francés de 1810, en donde igualmente figura el mandamiento fundamental del principio de legalidad, no se encamina hacia una modificación del orden vigente, sino a la exclusiva legalización del orden que se establece. Ya no interesan más algunos puntos relativos al daño social, a la igualdad e imparcialidad, que

sólo subsisten en apariencia. Lo importante es tan sólo discutir formalmente sobre los límites del poder estatal. Una vez en el poder, los intereses de la burguesía se canalizan para ajustar una actuación estatal a los modelos de prohibición previamente dispuestos, para no perjudicar el desenvolvimiento del orden económico y, al mismo tiempo, no permitir la lesión del derecho individual, como consecuencia de la libertad de producción. Lo que importa, pues, no es la crítica de la ley, sino la seguridad, seguridad contra el Estado y contra el delincuente.

En el imperialismo, el legalismo liberal, que tanta influencia tuvo en los legisladores imperiales de Brasil, cede terreno a un estado en el cual la seguridad personal no deriva de la ley, sino de cómo esa ley es aplicada por los Tribunales. La garantía jurídica, imaginada por Feuerbach, asentada en el principio de legalidad, no tiene por sí misma fuerza para imponerse. Todo el sentido de la ley, su fuerza vinculante, su expresión, sus principios están subordinados a lo político y a lo económico. Por otro lado, si el patrón no es ahora más el comerciante individual, fruto de la libre concurrencia y de la economía de mercado, sino el gran conglomerado, donde se diluye su identificación, donde la regla es la despersonalización, igualmente la protección de bienes jurídicos ya no se funda en valores sociales concretos. La relación de dominación, la hegemonía de la fracción dominante del bloque en el poder es lo que va a delimitar el contenido ideológico de esa protección, mediante la creación de valores abstractos, distantes de las ansias y propósitos populares y cuya comprensión es, como mínimo, dudosa. Es la fase de la «razón de Estado», de la «seguridad nacional», de la «evasión de divisas» y de otros lemas semejantes. Así se consignaba en el artículo 2 de la Ley de Seguridad Nacional de 1978, en la época de la dictadura militar, que la protección penal se ejercía para el «estado de garantía proporcionada a la nación, para la consecución de sus objetivos nacionales, dentro del orden jurídico vigente», y esta protección era interpretada por los Tribunales militares, que, según la misma ley, eran los únicos competentes para descubrir su real contenido.

Estas fases de la evolución acabada de citar son importantes para situar la dependencia entre garantía y jurisprudencia.

5. LA ALTERACION DE LA JURISPRUDENCIA

A la vista de cómo hoy se presenta la correlación ley-decisión judicial, comienza a ponerse en duda la efectividad real del principio de legalidad, como postulado de garantía.

Veamos cómo esto funciona.

Uno de los corolarios del principio de legalidad es la exclusión del derecho consuetudinario en la incriminación de conductas, en la imposición y agravación de las penas. Pero aunque esta consecuencia es evidente y sea aceptada por todos como inderogable, no siempre tal afirmación corresponde a la práctica judicial.

Es claro que se puede hacer incidir el derecho consuetudinario todas las veces que sea necesario o posible para beneficiar al reo, ya sea porque la costumbre reclama otro tratamiento más liberal para el caso, o porque la evolución del derecho conduce a transformar la situación fáctica para ajustarla a un nuevo orden. En cuanto a esto, todos están de acuerdo, siendo indiferente, para el caso brasileño, la norma del artículo 2.º de la ley de introducción al Código Civil, que afirma la exclusividad de la ley para revocar otra ley.

La exclusión de la costumbre como fuente de norma penal incriminadora fue, ante todo, un acto político adoptado por la revolución burguesa para oponerse al derecho feudal. Conviene recordar, entre tanto, que esta postura sólo se tornó posible debido a, por lo menos, dos circunstancias: a la creación del Estado, impersonal y representativo de la voluntad general, y a la incertidumbre en cuanto a la identificación de una norma consuetudinaria; y es justamente esta incertidumbre lo que conduce a considerar también o tan sólo como derecho consuetudinario al denominado «derecho judicial». La limitación de ese derecho consuetudinario no implica, sin embargo, mayor garantía al ciudadano. En el derecho inglés, vinculado al sistema consuetudinario jurisprudencial, como ya demostró Radbruch, no hay impedimento al uso de la analogía (*Dergeist des englischen Rechts*, 1941, Parágrafo 1).

A pesar de existir una ley escrita, en el caso antes citado del robo cualificado por el empleo de arma en el Código Penal Brasileño, ya se vio que los tribunales todavía aplican la analogía contra el reo. La lucha por la garantía del ciudadano, en favor de un derecho escrito y cierto, bien como por la justicia, no se queda, por tanto, en simples enunciados del principio de legalidad.

A fin de explicar un poco más detenidamente el papel de la jurisprudencia, principalmente en Brasil, hagamos un breve análisis de lo que pasa en el Tribunal Supremo Federal.

Con la adopción de un sistema de breves fórmulas (*súmulas*) o definiciones jurídicas por los tribunales y especialmente por el Tribunal Supremo, pionero en esta actividad, la jurisprudencia ganó, entre nosotros, prácticamente fuerza de ley, funcionando estas fórmulas, que condensan decisiones reiteradas y pacíficas acerca de determinado hecho o de cierta interpretación de la ley, como un precedente vinculante para todas las demás decisiones. Entre estas fórmulas y los usos y costumbres prácticas de los ciudadanos que, por principio, deberían ser la fuente por excelencia del derecho consuetudinario, media una gran distancia. Las *súmulas* expresan la opinión jurídica estratificada en el Tribunal, la cual sólo será modificada o por ley o por decisión del propio Tribunal en juicio destinado a unificar la jurisprudencia. En estas *súmulas* se incluyen, a veces, la interpretación sugerida por la doctrina, pero, en su mayor parte, son fruto de discusión en los propios tribunales en los casos sometidos a su enjuiciamiento, casos que servirán en el futuro de paradigmas para otros semejantes. El procedimiento de las *súmulas* es, por consiguiente, un auténtico procedimiento analógico. Esto no quiere decir, es claro, que la *súmula* perju-

dique siempre al reo. Al contrario, muchas veces, en la hipótesis del delito de emisión de cheques sin fondos, por ejemplo, la adopción de la sùmula se convierte en restricci3n de la norma legal y en garantía del ciudadano (véase infra). Su aplicaci3n a casos concretos similares en cuanto a la emisi3n de cheques, sin el análisis de las circunstancias y de las particularidades que presentan, constituye un método objetivo e imparcial de concretizar el derecho. Pero no siempre es así, como no podía ser de otro modo. La sùmula también sirve para agravar la situaci3n del reo.

Independientemente de las sùmulas, la jurisprudencia en general es más que una simple indicaci3n de la tendencia de cierto enjuiciamiento; es casi indispensable en la aplicaci3n del derecho; una vez recogida en sùmulas, se convierte en verdadero sucedáneo de ley, con serias y profundas repercusiones sociales.

Además, la sùmula posee poder vinculante. Su violaci3n, cuando se trata de una sùmula del Tribunal Supremo, es equiparada a la ofensa constitucional o a una cuesti3n de relevancia federal, al efecto de autorizar la admisibilidad del recurso extraordinario contra decisiones de los Tribunales inferiores (Reg. interno del STF, art. 325).

Frente al principio de legalidad, ese aumento de poder de la jurisprudencia, con precedentes intocables, induce a dudar de si efectivamente tiene la misma garantía individual que la ley. El hecho no es nuevo. La propia circunstancia de que con la promulgaci3n de la ley la opini3n jurídica contenida en las decisiones judiciales todavía no estaba en vigor implica, desde luego, un fundamento y una conexi3n en el principio de garantía.

Beccaria parece haber intuido esa controversia, cuando exigía del Juez obediencia fiel y ciega a la letra de la ley, estándole vedado interpretarla. La letra de la ley vendría a funcionar como instrumento de garantía. Y vedar su interpretaci3n, una salida, la más directa y transparente.

Pero hoy, vedar la interpretaci3n de la ley es algo absolutamente impensable y prácticamente imposible. Sin interpretaci3n, el derecho no tiene vigencia ni eficacia. Bien o mal, la interpretaci3n tiene, muchas veces, la condici3n de evolucionar el propio derecho y esto puede ser cumplido por los tribunales. La cuesti3n está en imponer un límite a la interpretaci3n, en situarla dentro de la perspectiva de garantía individual y de contenci3n del poder punitivo.

Volvamos para eso un poco al Iluminismo. Se entendi3, entonces, que estaba inserta en el concepto de libertad la exigencia de que ninguna pena pudiese ser impuesta sin la presencia de una acci3n socialmente dañosa. En apoyo a esta tesis, si bien que ya en fase posterior, es conocida la posici3n de Feuerbach en la crítica al Proyecto de Kleinschrod para el Código Penal de Baviera. Kleinschrod propugnaba que el delito de alta traici3n pudiese ser simplemente definido como la práctica de acciones con la finalidad de subvertir el orden constitucional. Feuerbach exigía que esas acciones representasen una concreta hostilidad al Estado (*Kritik des Entwurfs eines peinlichen Gesetzbuchs für die Kurpfalzbaýrischen Staaten*, 1804, 2.ª parte).

El primer límite a la interpretación judicial, como soporte de garantía, debe fijarse, pues, en el bien jurídico. La identificación precisa del bien jurídico protegido es una exigencia de todos. Pero la protección del bien jurídico no debe servir para extrapolar el contenido de la norma y su expresión más clara. La protección del bien jurídico sólo gana validez si fue hecha en los términos que dispone la ley. En la contraposición «sentido de la norma» y «expresión legal», el Juez sólo puede valerse del sentido de la norma para beneficiar al reo; el perjuicio sólo puede ser admitido cuando la expresión legal corresponde al contexto en el cual el bien jurídico es afectado. Si esto es bueno o no para los fines politicocriminales, no importa. El principio de legalidad sólo servirá de precepto de garantía individual si, tomado en el sentido más estricto, se asume el riesgo de que conduzca a la impunidad.

El segundo límite a la interpretación es extender a la jurisprudencia vinculadora los preceptos derivados del principio de legalidad, tales como la prohibición de la analogía inadmisibles y la prohibición de retroactividad en perjuicio del reo. El fundamento de ese límite es menos complicado de lo que se piensa.

Ha quedado patente que no siempre la ley es cierta, precisa y clara; que, a pesar de eso, los Tribunales apliquen la ley analógicamente es lo que torna difícil la interacción lenguaje-bien jurídico, a cuya realización está afectada la jurisprudencia, que con tal acervo se convierte en sucedáneo de ley. Se sabe, igualmente, que el fundamento de la irretroactividad de la ley penal más severa es el postulado de la protección de la confianza, que al ciudadano común le sea posible confiar en que su conducta pueda ser, por ello, previamente clasificada como prohibida o permitida, según una lectura de la ley, sin que ello cambie hasta que otra ley diga lo contrario.

Ocurre, sin embargo, que esa protección a la confianza parece poco probable que pueda ser alcanzada sólo a través de la ley. Tan sólo una pequeña parte de la población sabe lo que está legalmente prohibido o permitido. Los demás actúan por experiencia, por sugestión o consejo, o por intuición, desempeñando en ello un papel preponderante los medios de comunicación de masas. Nunca actúan porque hayan sido instruidos o leído el texto legal. Aparte de que el hombre del pueblo difícilmente puede leer o entender esa maraña de leyes y reglamentos. Piénsese, por ejemplo, que en Brasil constituye delito de contrabando la introducción de oro en barras, sin pagar el debido impuesto de importación en la parte alícuota del 20 % del valor. Sin embargo, es libre la introducción de oro en polvo. El ciudadano sólo podrá llegar a la conclusión de lo que está prohibido o permitido en esta materia a través de las noticias sobre la condena o absolución de un viajero detenido en la aduana, pero difícilmente de la lectura de las instrucciones normativas de la Hacienda, accesibles sólo a los especialistas. La protección de la confianza se subordina, prácticamente, al conocimiento o desconocimiento de la jurisprudencia. Incluso con el uso de un computador que diera en un segundo el texto legal pertinente, sería insuficiente, pues la lectura de ley está condicionada por la in-

interpretación judicial para tener eficacia. No es una casualidad que el uso de los computadores esté hoy asociado al área de los tribunales, como instrumento de colección de la jurisprudencia.

Uno de los colorarios del principio de legalidad, frecuentemente olvidado, pero que constituye un desdoblamiento natural de la vinculación a la ley, es la imparcialidad del Juez. Imparcialidad que no se circunscribe específicamente al área procesal, sino que se desenvuelve como consecuencia del propio principio de igualdad, hoy consagrado en las Constituciones. Esto quiere decir que la libertad sólo es asegurada cuando la decisión sea igualitaria. Igualitaria no significa necesariamente que sea igual para todos. Más que eso, la igualdad implica que, en el momento de la decisión, no se alteren las opiniones acerca del hecho que ya estaban en vigor en el momento en que fue cometido.

La imparcialidad del Juez y la protección a la confianza constituyen un binomio inseparable de limitación de la jurisprudencia al modelo deseado de garantía individual.

Si pudiésemos enunciar, así, la cuestión de la jurisprudencia, el principio se resumiría en que la jurisprudencia vinculante, siendo sucedáneo de ley y forma de creación del derecho, no puede tener efecto retroactivo en perjuicio del reo.

Es preciso, sin embargo, situar el problema con mayor precisión. En la aplicación de la ley, la jurisprudencia puede tomar los siguientes caminos: a) declarar el texto legal; b) restringir el texto legal; c) extender el texto legal; d) integrar el texto legal; e) crear nuevo texto legal. El primer momento que pertenece a la llamada interpretación declarativa, no presenta dificultades: la jurisprudencia no innova, la ley continúa siendo como es, y será en el futuro aplicada de la misma forma, si permanece la orientación judicial como fue en el pasado. Los demás momentos, en cambio, pueden conducir a caminos peligrosos, ora beneficiando, ora perjudicando al reo. Por eso demandan mayor atención.

Tanto en la tarea de restringir, como en la de extender el texto legal, la jurisprudencia está interpretando la ley, actuando como instrumento adecuado para aplicar la ley en el caso concreto. Sin esa interpretación la ley sería insensible y el bien jurídico no quedaría convenientemente protegido. Con todo, este hecho no es suficiente para simplemente permitir que tal orientación jurisprudencial pueda tener efecto retroactivo en contra del reo. Incluso en la interpretación pura y simple, la jurisprudencia sirve de medio exacto en la delimitación de lo lícito y de lo ilícito, instruyendo al ciudadano acerca de la prohibición o mandato y haciendo viable la protección de la confianza. Protección de la confianza que se extiende a la imparcialidad del Juez.

Cuando la jurisprudencia integra la norma o crea nuevo texto, la situación es más grave, porque entonces no se trata de un procedimiento meramente interpretativo, sino de un procedimiento de creación de la ley. En ese caso, la claridad y el significado de la actuación jurisprudencial son evidentes como sucedáneo de la ley, no pudiendo tener efectos retroactivos contra el reo, porque sólo el legislador puede prejuzgar.

Específicamente, en lo que afecta a la prohibición de retroactividad, no es importante fundamentalmente la diferencia entre interpretación y creación del derecho. Podemos afirmar que, como principio de garantía, la regla es siempre la prohibición de retroactividad, siendo más explícita en la creación del derecho que en su mera interpretación. Para determinar si hay o no sumisión a la regla general, lo decisivo no es la forma, sino el grado de intensidad vinculante de interpretación judicial, esto es, la medida en que esa interpretación se convierte en una norma para todos. La vinculación de la jurisprudencia como decisión de aceptación general, integradora de la protección a la confianza, se hace a través de su reiteración. Es esa reiteración la que la hace conocida, la que genera confianza, la que estabiliza la imparcialidad. Su variación, por tanto, influye en la vida común y representa una alteración de la propia realidad jurídica, con repercusiones en lo lícito y en lo ilícito, pudiendo dar lugar a la caracterización más evidente del error de prohibición. Más vinculante todavía es la jurisprudencia recogida en súmulas del Tribunal Supremo cuando tiene fuerza de norma constitucional. En tales hipótesis, se puede afirmar que la alteración jurisprudencial sólo se aplicará a hechos cometidos después de su edición, si es en perjuicio del reo.

Una vez prohibida la retroactividad en *malam partem*, está claro que, con la misma razón, aunque los fundamentos de garantía aquí no estén en consideración, pero sí aspectos de política criminal, se debe postular la retroactividad en *bonam partem*, hasta incluso como medio de actualizar el derecho y hacer igualativo el orden jurídico, según las nuevas orientaciones científicas. Para su justificación, entran en consideración aquí los mismo argumentos usados en la adopción del principio constitucional de retroactividad de la ley más beneficiosa, ya sea para casos pendientes de juicio, ya sea para casos definitivamente juzgados. Las limitaciones procesales a la revisión en materia de recursos no pueden prevalecer cuando se trata de hacer válido un precepto constitucional.

En el derecho brasileño hay muchos casos de decisiones vinculantes que se asientan hoy en la conciencia popular. Es, por ejemplo, hoy una jurisprudencia continuada del Tribunal Supremo el que el pago del cheque sin fondos, antes de presentar la denuncia, excluye el procedimiento criminal. Esta decisión parece destinada tan sólo al proceso, pero también atañe en el fondo al derecho material. Sin considerar los fundamentos invocados para su mantenimiento (una causa de extinción supralegal de la punibilidad, indicador de la ausencia de fraude o de dolo), lo cierto es que esa decisión integra una norma jurídica. Cualquier alteración en su enunciado sólo puede vincular para el futuro y no para el pasado, salvo que beneficie al reo. La fuerza vinculante de esa decisión es de tal intensidad, que el Tribunal Supremo Federal la mantiene como válida, incluso ante la nueva disposición del artículo 16 del Código Penal que, en el caso de la reparación del daño, antes de iniciado el proceso penal, sólo obliga a atenuar la pena (RT 598/427).

También en el caso de emisión del cheque, constituye una juris-

prudencia ya formulada (súmulas núms. 246 a 521) el que el delito de emisión de cheques sin fondos no se consuma con la emisión, sino con el impago del cheque por parte del banco, esto es, con el perjuicio efectivo de la víctima. Aunque no se puede ver en esas decisiones el carácter de interpretación de la norma, pareciendo más una interpretación restrictiva, su aceptación es unánime en los Tribunales, quedando definitivamente incluida en el ámbito de protección de la confianza. Cualquier alteración de esa jurisprudencia, salvo en la hipótesis de nueva disposición legal, se subordina sin más al principio de irretroactividad de las leyes perjudiciales (limitadoras de derechos), es decir, sólo puede alcanzar a los hechos futuros, cuando sea en *malam partem*; y debe aplicarse retroactivamente a los hechos pasados, cuando sea en beneficio del reo.

La prohibición de retroactividad de la alteración jurisprudencial vinculante, en perjuicio del reo, es consecuentemente una exigencia de garantía individual, del mismo modo que la retroactividad de esa misma jurisprudencia cuando beneficia es un efecto obligatorio de política criminal.

