

Interpretación penal en una dogmática abierta

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Murcia (s. e.)
Letrado del Tribunal Constitucional (a. t.)

I. INTRODUCCIÓN

La construcción de la dogmática penal tiene una fundamental importancia para, a través de un método pretendidamente científico (1), hacer posible la delimitación de la intervención penal, definir sus conceptos y hacer predecible la reacción punitiva; reduciendo de esa forma la arbitrariedad (2). La dogmática penal cumple, de esa manera, una función primordial de garantía para el ciudadano en sus relaciones con el Estado, como titular del *Ius puniendi*, al evitar la imprevisibilidad en la respuesta sancionadora del Derecho penal a través de la aplicación del Derecho por parte de los órganos judiciales.

Esta función tradicional de la dogmática se ha visto superada en la actualidad con las modernas propuestas de elaboración de modelos dogmáticos permeables a la realidad social (3), en que su objetivo trasciende al mero análisis de la norma jurídica, como entidad abstracta y aislada, y la hace entrar en diálogo con la realidad social que

(1) Sobre los problemas de la cientificidad de la dogmática jurídica, en general, y de la jurídico-penal, en particular, sigue discutiéndose y no puede considerarse una cuestión cerrada. Al respecto, véase, CUERDA RIEZU, *El legislador...*, pp. 101-16; NEUMANN, *El pensamiento...*, pp. 352 y ss., o SILVA, *Aproximación...*, pp. 149-79.

(2) Destaca este aspecto GIMBERNAT, *EDP*, p. 158.

(3) Como arquetipo véase la propuesta programática de ROXIN, *Política criminal...*, Sobre este fenómeno, por todos, MIR, *Introducción...*, pp. 281-99.

regula y las necesidades sociales que está llamada a satisfacer. La dogmática, en este nuevo contexto, ya no cumpliría sólo una función de garantía orientada al proceso aplicativo del Derecho, sino también de adaptación del sistema jurídico a la realidad social, incidiendo tanto en nuevas posibilidades de comprensión e interpretación de la norma jurídica en el momento aplicativo desde una perspectiva social como en el proceso mismo de elaboración normativa, analizando de qué forma se satisfacen más adecuadamente las eventuales necesidades sociales en la respuesta punitiva frente a determinadas conductas. Todo ello, en última instancia, posibilita que la dogmática, además de su función garantista, proyecte una labor crítica y creadora del sistema de Derecho penal (4).

Ambos aspectos, garantistas y crítico-creadores, resultan irrenunciables en la labor de la actual dogmática penal. Sin embargo, incluso para el cumplimiento de la función crítico-creadora sigue resultando presupuesto necesario el conocimiento del Derecho positivo, por lo que la misión principal de la dogmática penal continúa siendo, antes de nada, la de posibilitar dicho conocimiento (5). Esta posibilidad se hace efectiva a través de la interpretación normativa, convirtiéndose en un *príus* que no debe ser desatendido, ya que cualquier construcción de una teoría jurídica del delito y de sus consecuencias jurídicas que pretenda tanto esclarecer y fundamentar los presupuestos para la imposición de una pena, como establecer el referente sobre el que proyectar una crítica y propuestas alternativas, ha de emanar del propio Derecho positivo (6). La interpretación penal debe ser, por tanto, una reflexión fundamental en el marco de una dogmática penal abierta para comprender de qué forma se puede acceder a la construcción de una teoría del delito controlable para que asegure la función de garantía y, a su vez, abierta para que posibilite su permeabilidad social.

(4) Al respecto véase LAMARCA, *CPCr*, 1987, p. 450, con ulteriores referencias bibliográficas.

(5) En ese sentido señala GIMBERNAT que «el objeto de la metodología es, sobre todo, el de determinar el contenido de la proposición jurídica para ver qué casos concretos de la vida son subsumibles en ella», *Concepto y método...*, p. 44.

(6) En ese sentido afirma MIR que «la teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Ésta tiene como objeto teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser –no es una construcción iusnaturalista–, sino una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste», *DPPG*, p. 108, NM 2.

La interpretación, en principio, es una labor que se podría pretender considerar como un espacio de neutralidad valorativa. Pero no es así, la interpretación no se agota en la proyección sobre la proposición jurídica de unos supuestos racionales y neutrales criterios interpretativos consensuados como válidos (7). Toda labor interpretativa implica decisiones valorativas y, por tanto, a través de ella se cumple una función creadora del Derecho. Con el fin de dar una cierta controlabilidad (8) a ese carácter intrínsecamente creativo que tiene la interpretación y que asegure, en última instancia, la función garantista y de seguridad jurídica de la dogmática, resulta necesario exponer los apriorismos de los que se parte en la labor de interpretación (9). Sólo de esa forma se cumplen los dos objetivos de la dogmática, por una parte, permitir la racionalización de esa labor y, en esa misma medida, posibilitar una discusión crítica sobre la misma. Pero además, si ha de superarse la falsa neutralidad valorativa, también habrá que comprobar de qué forma encajan en ese sistema controlable de interpretación los valores. A ese fin, los aspectos a analizar en este trabajo serán, en primer lugar, los condicionantes metodológicos de la labor interpretativa (II) para, a partir de ellos, explicitar un modelo controlable de interpretación (III) (10), en que pueda verificarse de qué forma se da entrada a los criterios valorativos político-criminales para la construcción de una dogmática abierta (IV).

II. LOS CONDICIONANTES METODOLÓGICOS DE LA INTERPRETACIÓN PENAL

El estudio de la interpretación se ha desarrollado como objeto dogmático de la mano de las corrientes analíticas de la filosofía y se le

(7) Sólo como ejemplo véanse los problemas y polémicas sobre los criterios interpretativos en la dogmática jurídica en LARENZ, *Metodología...*, pp. 308-58, y, en especial en la dogmática jurídico-penal, GIMBERNAT, *Concepto y método...*, pp. 44-107.

(8) Sobre el espejismo de la neutralidad valorativa y la necesidad de sentar bases de controlabilidad, véase SILVA, *Aproximación...*, pp. 140-1.

(9) CID/MORESO señalan la honestidad de presentar con claridad los fines que guían las propuestas dogmáticas, entendiendo que en la actividad del dogmático penal se deben «presentar las doctrinas o modelos de justificación y, si así se quiere, su propio modelo de justificación, a cuya satisfacción vayan dirigidas las propuestas», *ADPCP*, 1991, pp. 153-4.

(10) En ambos apartados hago una reiteración, con ciertas modificaciones de los presupuestos metodológicos interpretativos que ya puse de manifiesto tanto en la introducción a SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, pp. 34 y ss., como en la introducción a SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión...*, pp. 15 y ss., enmarcándolos, sin embargo, en este trabajo dentro de las consideraciones y exigencias de una dogmática abierta.

ha prestado un interés creciente por parte de los cultivadores de la Filosofía del Derecho (11), para elaborar de forma consistente (12) un sistema interpretativo. Punto de partida axiomático para esta labor interpretativa ha sido asumir, en primer lugar, que el objetivo del Derecho es prescriptivo, esto es, regulador de conductas, lo que implica que se configure como un proceso comunicativo (13), en que cada norma penal sintetiza a través de un código comunicativo el universo de fenómenos desvalorados para que sean conocidos por el receptor, quien sólo puede acceder a dicho conocimiento tras un proceso de interpretación de dicho código; y, en segundo lugar, que el código comunicativo de la norma penal es el lenguaje, con todos los condicionamientos que ello supone.

En efecto, la norma penal, como trasmisora de la carga comunicativa del Derecho penal, se conforma como el resultado de una abstracción, acumulando toda una serie de elementos lingüísticos cuyo significado no son sino la esencia de las conductas o fenómenos que se pretende desvalorar penalmente (14). La norma penal sería la concreción lingüística del máximo común denominador de todos aquellos eventos desvalorados. Si la decisión es que el evento de *la muerte de un ser humano causada por otro*, con independencia de cómo se produzca –ahogar, envenenar, apuñalar o disparar...–, debe ser desvalorada penalmente, así se comunica incorporando toda una serie de signos lingüísticos en una norma penal con el fin de describir un supuesto de hecho que incluya todos aquellos elementos que les sean comunes. De ese modo si el artículo 138 CP desvalora la conducta de *el que matare a otro*, las expresiones *el que, matare, otro* y las relaciones sintácticas que median entre ellas se convierten en términos y relaciones normativas.

A partir de esta abstracción podría parecer que la labor del intérprete resultaría automática: allí donde quede acreditado, a través de un

(11) Sobre tal recepción, véase HAFT, *El pensamiento...*, pp. 226-31.

(12) Utilizo la idea de consistencia como fundamentabilidad o racionalidad, basadas en la validez de los enunciados jurídicos. Así, HABERMAS afirma que «el principio de seguridad jurídica exige decisiones que resulten *consistentes* en el marco del orden jurídico vigente» (cursiva mía), *Facticidad...*, p. 267.

(13) En ese sentido, ROBLES afirma que «el Derecho no es una “cosa”, sino un medio de comunicación social. Es el subsistema social cuya función consiste en la organización total del sistema social por medio de la verbalización de las instituciones, por medio de la expresión lingüística de los contenidos normativos», *El Derecho...*, p. 125. En realidad éste es el origen para toda concepción de lo normativo como fenómeno lingüístico. Así, MENDONCA, *Exploraciones...*, pp. 20-5, o *Interpretación...*, p. 17.

(14) CEREZO, *CDPEPG II*, p. 105.

proceso de subsunción, que un determinado sujeto protagoniza el acontecer de la muerte de otro se considerará cumplido el tipo penal (15). Sin embargo, el proceso de subsunción no es tan automático y, desde luego, requiere una labor previa: la interpretación de la norma penal. Cualquier fenómeno antes de su tipificación sólo es descriptible –comunicable– mediante el lenguaje común. Esa descripción se encripta o codifica a través de su incorporación a la norma y sus elementos quedan normativizados constituyendo conceptos jurídicos. Para constatar posteriormente si cualquier evento queda incluido en estos elementos se necesita previamente decodificarlos a través de la interpretación –desnormativizarlos– devolviéndolos al mundo del lenguaje común (16), ya que ese cualquier evento nuevamente sólo es descriptible y comunicable en el lenguaje común. Simplificándolo mucho este proceso de desnormativización podría compararse con un proceso de rehidratación de un producto concentrado.

Sin embargo, esta comparación entre desnormativización y rehidratación no deja de ser un reduccionismo. La realidad del proceso de desnormativización de un concepto jurídico –y, mucho más, de una norma penal completa– es bastante más complejo que la rehidratación. Con el proceso de concentración a un producto lo único que se le hace es quitarle el agua. Al añadirse la –por supuesto, en la misma cantidad y calidad– el producto vuelve a su antiguo ser. Por así decirlo, la mecánica de los procesos físicos del producto concentrado al contacto con el agua permiten su reconstrucción. Son las leyes de la física las que regirán el proceso y no permitirán que un concentrado de naranja acabe convirtiéndose, por ejemplo, en un zumo de manzana. Digamos que es un proceso reversible determinista. El proceso de normativización/desnormativización, por el contrario, no está regido por reglas mecánicas, sino que, al ser una labor semántica de dotar de significante a un significado –normativización– y de significado a un significante –desnormativización–, sus reglas no son deterministas, sino que están condicionadas por el carácter convencional del lenguaje, por lo que nunca puede llegarse a un resultado reversible (17). Máxime porque, además,

(15) Con esta simplificación y secuenciación de la labor de subsunción no quiero significar que la labor interpretativa siga una estructura lógica silogística en vez de dialéctica. Al respecto, sobre la interacción entre la interpretación de la norma y la construcción del hecho a través de las pruebas, véase TARUFFO, *Cinco lecciones...*, pp. 3 y ss.

(16) Para una caracterización de la labor de desnormativización como traducción al lenguaje común, véase SCHÜNEMANN, *PJ*, 1998, p. 204.

(17) Sobre los problemas de interpretación jurídica, en términos de teoría del lenguaje, véase HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación...*, pp. 29-119.

ambos procesos tienen a protagonistas diferentes. La normativización, como abstracción, es una labor que realiza el legislador; la desnormativización, como dotación de significado, es una labor que en el momento aplicativo realiza el juzgador. Los conceptos jurídicos son un vehículo que se autonomiza de su origen y que se proyecta como realidades distintas a las imaginadas por sus creadores hacia un futuro en que otros operadores jurídicos desarrollarán el potencial de su contenido semántico. De ese modo, el resultado de la desnormativización nunca está garantizado que sea el de aquella primigenia descripción genérica en el lenguaje común de la suma de fenómenos que se intentaban sancionar.

Esa falta de identidad no implica, en todo caso, que el resultado de la desnormativización sea aleatorio (18), ya que la norma jurídica, al seleccionarse como código comunicativo al lenguaje, transportará, a través de la elección de las palabras y la configuración sintáctica de la concreta proposición jurídica, la esencia del conjunto de fenómenos que la Ley pretendió abstraer. Por así decirlo, un programa genético con potencialidad propia, condicionada, aunque independiente de su origen.

El hecho de la elección del lenguaje como código comunicativo de la norma penal para abstraer el universo de fenómenos desvalorados penalmente introduce de lleno la labor interpretativa en una serie de condicionantes lingüísticos que son difíciles de obviar (A) (19) y que delimitan el modelo de interpretación a seleccionar (B).

A) La constatación de que la norma penal sólo es comunicable a partir de su adscripción a un código comunicativo implica que el significado a aportar a una norma sea convencional (20) y no pueda ser autorreferente semánticamente (21). La imposibilidad de la autorrefe-

(18) Sobre los límites a la interpretación jurídica, véase, por todos, IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial...*

(19) Así, la STC 137/1997, de 21 de julio, destaca esa dimensión al afirmar que «en efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial [...] al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocida por sus destinatarios» (FJ 7); lo que es reiterado posteriormente en la STC 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3.

(20) Su carácter convencional implica que como tal código representa un conjunto de signos a los que se asigna un sentido/significado de forma arbitraria que dependerá de la convención de los que compartan el proceso de comunicación a través de ese código. Así, en relación a las palabras como signos del código lingüístico, SAUSSURE, *Curso...*, pp. 104-7.

(21) La insuficiencia de su autorreferencia semántica implica que el descubrimiento de la atribución convencional de un sentido/significado a sus signos no se pueden extraer a partir del propio contenido de sentido/significado que pretende asig-

rencia semántica de los códigos comunicativos se resuelve en el plano del código lingüístico, como modelo más formalizado de comunicación, al diferenciarse entre dos niveles de lenguaje: el lenguaje objeto y el metalenguaje (22). Este último sería el lenguaje cuyas proposiciones se refieren al lenguaje objeto. Por tanto, si la interpretación tiene como función comprobar el significado asignado a un significante, podrá afirmarse que es una actividad metalingüística (23). Sin embargo, las normas jurídicas se expresan en un lenguaje especializado del lenguaje común, el lenguaje jurídico (24). De aquél tomarán un presupuesto común –reglas sintácticas (25)–, pero también se especializará en cuanto al significado de sus signos –características semánticas (26)–, condicionadas por su propio contexto jurídico, pero tomando como referente el significado común (27). Esto es, en el len-

narse a cada uno de sus signos. Para ello es necesario tener como referencia un segundo código. Así, por ejemplo, la atribución de sentido a una señal de tráfico no puede venir dada por otra señal. El sentido que tenga una circunferencia de bordes rojos y fondo blanco sobre el que se destaquen en negro las grafías 5 y 0 no puede ser comprensible desde el mismo código de referencia. En este caso el código lingüístico actuará como un metacódigo explicitando que tal ha de interpretarse como la prohibición de circular a una velocidad superior a 50 kilómetros por hora. Sobre ello, ITURRALDE, *Lenguaje...*, pp. 29-30.

(22) Ampliamente, sobre las posibilidades de esta diferenciación, SCHAFF, *Introducción...*, pp. 33-85.

(23) El cambio de paradigma que ha provocado que el lenguaje deje de ser medio de investigación a objeto de investigación ha invadido la actividad investigadora en todos los campos. Al respecto, véase HAFT, *El pensamiento...*, p. 229.

(24) Así se puede definir norma jurídica como «proposición lingüística, perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar la acción humana», ROBLES, *El Derecho...*, p. 29.

(25) A la sintaxis le es absolutamente indiferente el contenido significativo de los signos del código, se limita a establecer sus relaciones formales. Al respecto ITURRALDE, *Lenguaje...*, p. 69, nota 12.

(26) WRÓBLEWSKI afirma que, «según opiniones ampliamente compartidas, el lenguaje legal no tiene peculiaridades sintácticas, pero sí algunos caracteres semánticos debidos a la influencia del legislador al formar los significados de alguno de los términos que utiliza». *Constitución...*, p. 41. También HAFT al señalar que «El lenguaje del Derecho no puede apartarse de la complejidad del mundo real. Queda irremisiblemente atrapado en el lenguaje ordinario», *El pensamiento...*, p. 229.

(27) El artículo 3.1 del Código Civil, al afirmar que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras [...]», con lo que siguiendo a LARENZ se puede afirmar que «el sentido literal constituye el punto de partida y, al mismo tiempo, determina el límite de interpretación, pues aquello que está más allá del posible sentido literal ya no es compatible con él, aun en la “más amplia” de las interpretaciones» (entrecomillado del autor, cursiva mía), *Metodología...*, p. 341. En Derecho Penal véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial...*, pp. 64-9.

guaje general y en el lenguaje jurídico no tiene por qué haber identidad de significados para significantes iguales. A su vez, el lenguaje jurídico-penal es una subespecie del lenguaje jurídico y su especialidad radica también en el nivel semántico. Este nivel semántico, además, se ve seriamente condicionado por su contexto (28), que restringe las posibilidades de atribución de sentido/significado por la estricta vinculación al principio de legalidad, entendido como taxatividad (29). Con estas reflexiones se pone de manifiesto que la interpretación en Derecho penal es un proceso de metalenguaje sobre las normas penales, que con estricta sujeción a las relaciones sintácticas del lenguaje común se especializa relativamente en la semántica de sus signos en un contexto de estricta sujeción a la taxatividad.

Sin embargo, la interpretación penal no puede tomar en cuenta las proposiciones jurídicas si no es a través de las unidades que le dotan de sentido, esto es, las palabras. La interpretación penal es penal en tanto que tiene por objeto palabras incluidas en proposiciones normativas penales (contexto diferencial), y para el análisis de ese contexto se tienen técnicas y procedimientos puramente normativos. Pero, para lo que es labor interpretativa, las técnicas y procedimientos no pueden apartarse de las aportadas por la semiótica y la semántica. Por ello, también son un condicionante metodológico las propiedades de las palabras en cuanto unidades lingüísticas dotadas de sentido.

El significado, que es lo que interesa como carga comunicativa, cuenta con una intensión, que sería el conjunto de características que forman el significado, y una extensión, que serían todos y cada una de las realidades que, cumpliendo las características de la intensión, se afirman que quedan abarcadas por el significado (30). Evidentemente la extensión está determinada por la intensión (31). Nunca podrá afirmarse que una realidad pertenece a un ámbito significativo si previamente no se han podido detallar las características de este significado.

(28) Sobre las características emanadas de la propia semántica del lenguaje jurídico-penal, FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 121.

(29) El art. 4.1 del CP de 1995 afirma que las «Leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Esta especificidad del lenguaje jurídico-penal, frente al lenguaje jurídico común, se reconoce, sobre todo, en relación a la prohibición de la analogía, al respecto, MIR, *Introducción...*, pp. 316-24, y OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*, pp. 321-4, que la limitan a la utilización de la analogía *in malam partem*. Parece ampliarla a la *in bonam partem*, CARBONELL, *Derecho Penal...*, pp. 127-33. Sobre la analogía en general en el Derecho, véase ATIENZA, *Sobre la analogía...*

(30) Para la utilidad de esta distinción en la interpretación jurídica, véase SCHROTH, *El pensamiento...*, p. 303.

(31) *Idem*.

El problema es que a las palabras les es inherente la vaguedad (32), entendida como la falta de seguridad para la consideración o tratamiento de algo conforme a un referente. La vaguedad puede afectar tanto a la intensión como a la extensión. Puede que lo que no esté determinado sean las propiedades del significado –vaguedad intensional–, o que afecte a la subsunción de un determinado supuesto en esas características o propiedades –vaguedad extensional.

Lo vago es diferente a lo concreto, pero también a lo arbitrario. Todas las palabras tienen un ámbito posible de significado atribuido convencionalmente y aprehensible en su uso común –precomprensión–; por tanto, la vaguedad no aparece referida a la imputación irracional de cualquier significado a esa palabra, sino a las dudas sobre si un contenido queda abarcado por dicha palabra en el contexto en que está siendo utilizada. Por ello ha de afirmarse que la vaguedad siempre es relativa, tanto en la referencia a la precomprensión de la palabra como al contexto de su uso (33). Así, una palabra mantiene un núcleo de comprensión mínimo de acuerdo con el carácter convencional del lenguaje –precomprensión–. Esta precomprensión es el conjunto de propiedades o de supuestos que mayoritariamente se reconocen o consensuan que pertenecen a esa palabra. Igualmente, mantiene un núcleo de negación –precomprensión de otras palabras– (34), es decir, el conjunto de propiedades o de supuestos que mayoritariamente se reconocen o consensuan que no pertenecen a la palabra. Hay propiedades o supuestos con certeza positiva sobre su inclusión y otros con la misma certeza sobre su exclusión. Entre ambos se sitúan las llamadas zonas de penumbra en que no se sabe si serían o no una propiedad del significado –zona de penumbra intensional– o si serían o no supuestos subsumibles en las propiedades de éste –zona de penumbra extensional–. La vaguedad es el enemigo a vencer por el intérprete y especialmente por el intérprete penal, por la vinculación a la taxatividad de los

(32) Para un análisis expositivo de la misma, véase ITURRALDE, *Lenguaje...*, pp. 32-4; MENDONCA, *Interpretación...*, p. 21, o NINO, *Introducción...*, pp. 264-9.

(33) Esta vaguedad, incluso la contextual, puede a su vez ser potenciada en la proposición jurídica para evitar su petrificación o, al menos, para posibilitar su adaptabilidad a la realidad social. Así, la STC 137/1997, de 21 de julio, destaca que «el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites, el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad» (FJ 7). Se reitera esa idea en la STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 13.

(34) QUINTANA ha destacado el problema de la precomprensión y su importancia en los planteamientos de la filosofía hermenéutica más moderna, *Interpretación...*, pp. 50-65.

tipos. El campo de batalla serán las zonas de penumbra. La decisión dogmática tiene que procurar el paso de la luz a la sombra sin zonas intermedias. Un estado ideal de certeza intensional y extensional.

Para el proceso de consecución de la certeza intensional también será necesario atender a una segunda propiedad de las palabras: la ambigüedad. La ambigüedad implica que a un mismo significante o concepto se puede asociar más de un significado. Ésta puede proceder de dos fuentes: la sintáctica y la semántica. La ambigüedad semántica viene provocada por la atribución de significados diversos a un mismo significante –polisemia u homonimia–, si bien, sólo será relevante (35) cuando del contexto no pueda asignársele uno de los significados posibles; la ambigüedad sintáctica, por la construcción gramatical de las proposiciones.

Con todos estos condicionantes emanados de la consideración comunicativa del Derecho y, por tanto, del carácter lingüístico de las proposiciones jurídicas, hay que afrontar lo que en concreto es la labor de interpretación, ya que, hasta ahora, no se ha expuesto cómo se realiza una labor de interpretación sino con qué problemas puede encontrarse el intérprete en su labor. Así, todavía es necesario contar con un modelo interpretativo que se ajuste a estos condicionantes. Como el problema planteado sería, principalmente, el referido a las dudas sobre las reglas de interpretación a aplicar para la toma de una decisión en la asignación de significado a las proposiciones jurídicas, parece que el modelo de interpretación adecuado será el de la interpretación operativa (36).

B) La interpretación operativa, aunque su nombre procede de Ferrajoli (37), ha sido desarrollada de la mano del filósofo del derecho polaco Jerzy Wróblewski (38). El marco de desarrollo del modelo se ha producido en la resolución de las dudas referidas al significado de las reglas relevantes para tomar una decisión en la aplicación del Derecho. Por tanto, su finalidad no es la de afirmar cuáles son los criterios materiales de interpretación, sino la de indicar cómo se han de resolver los eventuales conflictos entre esos criterios interpretativos que implican una valoración y cuándo una decisión a ese respecto puede considerarse justificada, esto es, si para interpretar una proposición jurídica uno de los criterios sugiere una propiedad que es negada por otro criterio, saber cuál de ellos debe prevalecer sobre otro. Esta

(35) Así, MENDONCA, *Interpretación...*, p. 20, o NINO, *Introducción...*, pp. 260-4.

(36) Por supuesto existen otros modelos, sobre los mismos y destacando sus deficiencias véase CALVO GONZÁLEZ, *Comunidad jurídica...*

(37) Así lo reconoce WRÓBLEWSKI, al afirmar que el término «interpretación operativa» había sido introducido por FERRAJOLI, *Constitución...*, p. 28, nota 6,

(38) WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 35-56.

labor se realiza sirviéndose de lo que se denominan directivas de interpretación. Sin embargo, este modelo se puede aplicar análogamente no ya a la resolución de conflictos entre criterios interpretativos, sino a situaciones de interpretación en sentido estricto, como manera de eliminar las dudas sobre cuáles deben ser los criterios interpretativos y su valoración (39).

Al existir decisiones interpretativas diversas, el modelo operativo se ha de servir de directivas de primer nivel que indiquen de qué modo se debe atribuir significado a una palabra, de acuerdo con el contexto que para la misma sea relevante. En este caso ser un lenguaje (contexto lingüístico) inserto en un ordenamiento (contexto lingüístico jurídico) penal (contexto lingüístico jurídico-penal). Ahora bien, además, han de añadirse como elemento contextual relevante para la interpretación de una palabra las proposiciones en que se integra (contexto proposicional concreto) (40). Las directivas de segundo orden serán de procedimiento, al indicar cómo deben utilizarse las de primer orden, o de preferencia, aportando información sobre la forma de seleccionar las posibles contradicciones en la aplicación de las de primer orden (41).

En cuanto a las directivas de primer orden vinculadas al plano del código lingüístico común, se tendrían las siguientes:

1.^a No se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal diferente al del lenguaje común, sin estar justificado (relativa especificidad semántica al lenguaje común).

2.^a No se deben atribuir significados diferentes a conceptos jurídico-penales idénticos, sin estar justificado (eliminación de la distorsión de polisemia no fundamentada).

3.^a No se deben atribuir significados iguales a conceptos jurídico-penales diferentes, sin estar justificado (eliminación de la distorsión de la sinonimia no fundamentada) (42).

(39) Utilidad que es destacada por el propio WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, p. 37.

(40) La interpretación de un signo en el marco de su código o de una palabra en el marco de su lenguaje no es posible sin tener como marco de referencia la oración o proposición en que se integra. Ello ha llevado en la lingüística moderna a defender que es la oración y no la palabra la unidad mínima de significado –principio de contextualidad–. Al respecto, véase GARCÍA SUÁREZ, *Modos...*, pp. 425-30.

(41) La exposición de estas directivas las he extraído directamente de WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 47-54, si bien sólo menciono en el texto las relevantes a los efectos de este estudio y en una formulación adaptada al mismo. En nota a pie de página incluiré el resto de directivas.

(42) Se incluyen además una 4.^a y 5.^a directivas para evitar redundancias y garantizar la relevancia de cada concepto y para la utilización de las mismas reglas sintácticas que en el lenguaje común.

Las directivas de primer orden vinculadas al plano del código lingüístico jurídico(-penal) serían:

6.^a No se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal que sea contradictorio con el de otro (eliminación de contradicciones conforme al principio de consistencia del código lingüístico jurídico-penal).

7.^a No se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal que sea incoherente con otro.

8.^a Se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal que lo haga lo más coherente posible con otros conceptos jurídico-penales (43) (esta regla y la anterior suponen respectivamente la eliminación y búsqueda de coherencia conforme al principio de coherencia del código lingüístico-penal).

Entre las directivas de primer orden vinculadas al plano de la concreta proposición jurídico-penal se debe destacar sólo la siguiente:

11.^a Se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal de acuerdo con la finalidad perseguida (vinculación del significado al contexto proposicional) (44).

Sobre las directivas de segundo orden de preferencia, se tendrían:

16.^a Cuando la atribución de sentido resulta diferente de la aplicación de las directivas de primer orden, serán preferidas las vinculadas al plano lingüístico general.

17.^a Cuando la atribución de sentido resulta diferente de la aplicación de las directivas de primer orden en un mismo plano, serán preferidas por su ordinal.

Todas estas reglas, emanadas de los condicionantes lingüísticos de las proposiciones jurídicas, emanan de las relaciones lógicas dentro de

(43) Se incluyen además una 9.^a y 10.^a regla de evitación de inconsistencia y búsqueda de máxima consistencia respecto a un principio válido del derecho. Aclaro que tal principio válido del derecho se refiere a principio general del derecho *positivizado*. El propio WRÓBLEWSKI es muy escéptico con la pertenencia al sistema jurídico de los principios generales no positivizados. *Constitución...*, p. 50.

(44) Incluye también en este plano funcional directivas que reconoce son reglas normativas de interpretación que se vincularían a decisiones ideológicas, como son significado de acuerdo con interpretación histórica (12.^a), perseguida por el legislador contemporáneo (13.^a) y con los objetivos que intente perseguir el intérprete (14.^a). WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, p. 51. En ese sentido, pertenecerían no al ámbito comunicativo del código, sino al ámbito de los actuantes en el código. Las dos primeras al del emisor y la tercera a la del receptor. Ello supondría además la adopción de criterios materiales subjetivos de interpretación, lo que resulta especialmente poco apropiado desde el ordenamiento penal, como desarrollaré posteriormente en el texto.

un código lingüístico. Por ello, tendrían el carácter de conectores lógicos dentro del sistema interpretativo y, en ese sentido, también serían condicionantes lingüísticos de la interpretación jurídica.

Aunque sea de forma breve no quiero dejar de destacar una reflexión sobre la directiva 11.^a, conforme a la cual se debe atribuir un significado a un concepto jurídico penal de acuerdo con la finalidad perseguida. Respecto de ella podrían existir problemas en cuanto a su vinculación al contexto proposicional, ya que en el Derecho penal parecería existir cierta unanimidad doctrinal en que la interpretación teleológica se vincula al bien jurídico y, por tanto, a que la finalidad reside en la propia norma y no en el legislador. Sin embargo, es posible que hubiera que replantearse en la dogmática penal la posibilidad de las llamadas interpretaciones teleológico-objetivas. Al menos, porque resulta una pretensión circular el intentar extraer criterios interpretativos para unos conceptos, según el bien jurídico delimitado por esos mismos conceptos, cuando precisamente tal delimitación dependerá del significado que se le haya dado a estos conceptos. Con ello toda la construcción se convierte en una petición de principio o bien sobre cuál es el bien jurídico protegido, o bien sobre cuál es el significado de las palabras. En el fondo se reconduce esa pretendida interpretación teleológico-objetiva en teleológico-subjetiva, ya que la finalidad volvería a residenciarse en un concepto prejurídico de bien jurídico, instalado en la *mens legislatoris*. Esto, a su vez, provoca que se atienda a una remisión a la intención del legislador, buscándose la asignación de sentido en un elemento distorsionador de la certeza de la Ley y del carácter convencional (pactado) de la asignación de significado. Una interpretación teleológico-objetiva, que debe asumir o su circularidad o su asunción de un criterio subjetivo, margina a los ciudadanos, como receptores de las normas, del proceso comunicativo, reconvirtiéndolos en súbditos, ignorando la inexistencia empírica del sujeto emisor en los procesos normativos, y provocando que la imposible determinación de cuál es la voluntad del legislador se acabe dejando en manos del intérprete decisionista —el juez—, que no sería sino, como máximo, un receptor más en el proceso comunicativo (45). Por ello, prefiero referirme a finalidad de la Ley en cuanto encaje semántico del concepto en la proposición normativa, sin posibles referentes extralingüísticos.

(45) Puede comprobarse este perverso efecto de desplazamiento de la *mens legislatoris* a la mente del intérprete en ALEXY, *Teoría...*, p. 232. Igualmente que esto propicie el retorno al Derecho penal de interpretaciones subjetivas se puede comprobar en la propuesta de CUERDA RIEZU, a través de la recepción de las teorías de Bydlinski, *El legislador...*, pp. 86-97.

Señalado esto, ha llegado el momento de pasar a analizar cómo es posible con estos condicionantes diseñar un modelo controlable de interpretación normativa.

III. HACIA UN MODELO CONTROLABLE DE INTERPRETACIÓN PENAL

La interpretación normativa, como ya se ha señalado con anterioridad, cuenta con unos condicionantes lingüísticos que provocan que no pueda afirmarse que sea una labor automática y autoevidente. Ante una norma no se puede afirmar: «éste en concreto es su ámbito de significado y aplicación». La interpretación es un proceso semejante al de subsunción normativa y comparte con él todos los problemas de relatividad. Si para la subsunción normativa es preciso, primero, comprobar cuál es el ámbito de significado de la proposición jurídica, la interpretación, a su vez, también es un peculiar proceso de subsunción en que previamente es necesario descubrir la adscripción de unas propiedades de significado a un significante.

Este carácter especulativo de la interpretación no deriva, como podría parecer en un principio, de que los elementos que compongan la proposición jurídica fueran descriptivos o normativos (46). Hasta los conceptos descriptivos más tradicionales y utilizados en su sentido del lenguaje común dejan siempre una duda en el intérprete ante situaciones conflictivas o límites. La diferencia entre los conceptos descriptivos y normativos, y dentro de éstos entre los que remiten a otras normas o a la valoración social, no está en consideraciones cualitativas –el proceso interpretativo no es diferente–, sino cuantitativas –resulta más complejo en los normativos de valoración social, que en los descriptivos en su uso del lenguaje común, ya que en éstos, por ejemplo, se podría prescindir del contexto normativo–.

En ese sentido, se puede afirmar con Aarnio que la interpretación es «siempre una *decisión que implica una elección*. Es una cuestión de elección entre dos o más alternativas semántica y jurídicamente posibles. Con respecto a la ideología jurídica aceptada, el problema es la justificación de la elección hecha (...). Así, la teoría de la interpretación en la dogmática jurídica es, parcialmente, la teoría de la justificación de una interpretación alternativa» (47). El resultado de la

(46) En general, sobre la diferencia entre elementos descriptivos y normativos véase, por todos, MIR PUIG, *DPPG*, pp. 210-11.

(47) AARNIO, *Lo racional...*, p. 92.

interpretación, por tanto, siempre estará necesitado de una justificación. El problema previo, entonces, es el de encontrar las bases de justificación de la interpretación. Como se ha visto, ésta no puede tener su fundamento en el descubrimiento del significado intrínseco a una palabra o una proposición jurídica. Los significantes no son realidades ontológicas o naturales. A un significante no le corresponde necesariamente un significado en términos de comprobación empírica, ya que los significados no son en sí, sino atribuidos convencionalmente por la comunidad social que los incorpora a su código lingüístico. Este carácter convencional del significado y la ausencia de autorreferencia semántica sólo posibilitan el establecer como punto de partida «la idea de que la justificación jurídica es un proceso discursivo que sigue los principios del discurso racional» (48). En el diálogo, entonces, parece que estaría la clave de la justificación.

El punto de partida del diálogo es un *desacuerdo* que se materializa cuando las personas usan la misma expresión lingüística para referirse a cuestiones diferentes o cuando usan diferentes expresiones para referirse al mismo asunto (49) y a partir de ello el procedimiento discursivo implica la proyección de argumentos en favor (proargumentos) y en contra (contraargumentos) de cada una de las alternativas defendidas en el diálogo. La cadena de pro y contraargumentos para justificar una interpretación no tiene un límite exacto de interrupción, sino que éste está fijado por el receptor de la interpretación. Sólo en el momento en que se crean las condiciones para lograr la aceptabilidad de un enunciado por parte del receptor se podrá afirmar que la interpretación está justificada y, en ese sentido, es razonable (50).

La corrección de la interpretación, por tanto, no reside en un ontologismo o naturalismo, en que pueda decirse que se ha descubierto el significado encriptado en una norma jurídica, sino que es procedimental. Una interpretación queda justificada cuando el método para llegar a un resultado ha respetado sus bases de corrección procedimental. El problema entonces nuevamente hay que buscarlo en las bases de la aceptabilidad de ese procedimiento. Para ello parece interesante que se recurra a la distinción entre justificación interna y externa. La primera significa la derivación de las premisas de un argumento de acuerdo con reglas de inferencia aceptadas por los interlocutores, es lo que podríamos denominar la lógica interna del razonamiento. La segunda –justificación externa– se produce cuando

(48) *Ibidem*, p. 155.

(49) *Idem*.

(50) *Ibidem*, p. 166.

las premisas del argumento son tenidas como buenas por el sujeto que las utiliza (51).

Pues bien, los problemas de justificación de la interpretación jurídica está vinculada a la justificación externa, en tanto que será la validez de las premisas, y no la forma de derivar a partir de ellas una conclusión, lo que dividirá a los intérpretes (52). Así, por ejemplo, en el famoso silogismo: Todos los griegos son unos necios; X es un griego; por tanto, X es un necio. La justificación interna de este argumento deductivo vendría dada por el *modus ponens* de este razonamiento para derivar la conclusión de las premisas, y en ello, se estará de acuerdo en aceptar la lógica de la conclusión a partir de esas premisas, ya que no hay ningún salto lógico en el razonamiento. Sin embargo, si los problemas se derivan a la validez de las propias premisas es cuando se establecerá la disputa a resolver por el diálogo. Si se sigue con el ejemplo, e imaginando que uno de los interlocutores conoce bien a los griegos y no valora su carácter como necio, o bien conoce a X y le consta que no es griego sino que nació al otro lado del Mediterráneo, el problema de la justificación externa de ese razonamiento radicarán en que no se estará de acuerdo en que los griegos son necios o en que X es griego y será ahí donde se establezca un desacuerdo en que se base un posterior proceso discursivo hasta que se considere la aceptabilidad de la fundamentación del otro.

Si se es receptivo a esa diferencia entre justificación interna y externa y se asume que principalmente la justificación externa es la que predomina en la interpretación jurídica, también habrá que reconocer que la estructura de la justificación externa no es silogística, esto es, que se crea o no que todos los griegos son necios no se puede derivar de reglas de inferencias que sean compartidas sino del convencimiento o la creencia sobre ello, y, por tanto, «no hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir que justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El intérprete tendrá éxito si la totalidad del argumento (la cadena de silogismos) es lo suficientemente convincente para la otra parte» (53).

En resumen, una interpretación es racional cuando es razonable y es razonable cuando está justificada y está justificada cuando ha llegado a un nivel de aceptabilidad para el interlocutor con el que se mantiene la discusión sobre diferentes alternativas a través de pro y

(51) Sobre la justificación externa e interna, véase WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 57 y ss.

(52) AARNIO, *Lo racional...*, pp. 168-9.

(53) AARNIO, *Lo racional...*, p. 170.

contraargumentos. Sin embargo, si eso es así, cabe preguntarse si no se está renunciando, entonces, a una única interpretación correcta; si no habrá, entonces, tantas interpretaciones como situaciones de aceptabilidad; o si no se vuelve con ello, en suma, a la arbitrariedad que era de lo que trataba preservar la dogmática.

Ciertamente parece que en el desarrollo teórico expuesto se está «bordeando la idea de que la justificación da lugar a la arbitrariedad» y que «no existe una base racional para la justificación de un punto de vista interpretativo en la dogmática jurídica» (54). De hecho se ha criticado que «si fuera posible indicar dos o más decisiones “igualmente correctas” para el mismo caso, la práctica jurídica quedaría impregnada de vaguedad y arbitrariedad. La igualdad de los ciudadanos correría peligro y no sería posible anticipar una actividad futura con suficiente precisión» (55).

El problema de si existe una única interpretación correcta o, incluso, si existiendo puede ser constatada, se emparenta con las teorías de la verdad (56). Si el procedimiento de justificación es esencialmente un diálogo y el intérprete encuentra una combinación de proargumentos necesarios para la justificación y el destinatario puede aceptar racionalmente esa interpretación en base a un haz coherente de enunciados es porque el destinatario se adhiere al sistema de razones del intérprete –justificación externa– y, «en ese sentido, el punto decisivo por lo que respecta a la interpretación “mejor justificada” es, sin duda, la diferencia en los juicios de valor». Así, «se podría decir que este rasgo vuelve plausible hablar de más de una respuesta correcta en el razonamiento jurídico» (57). Esto es, si la justificación externa hace también justificable una determinada interpretación y esta justificación externa depende de un consenso sobre un sistema de valores; ese relativismo axiológico, siempre que cuente con un procedimiento de justificación interna, nos precipita hacia la asunción de más de una respuesta aceptable (58). Al menos una por cada sistema

(54) *Ibidem*, p. 209.

(55) *Ibidem*, p. 210.

(56) *Ibidem*, p. 212. Sobre las teorías de la verdad véase la recopilación de artículos NICOLÁS/FRÁPOLLI, *Teorías...*, y sobre las teorías intersubjetivas de la verdad a las que se adhiere Aarnio, los artículos recogidos en esa recopilación de LORENZ, «El concepto dialógico de verdad», pp. 529-42; HABERMAS, «Teorías de la verdad», pp. 543-95, y APEL, «¿Husserl, Tarski o Pierce? por una teoría semiótico-trascendental de la verdad como consenso», pp. 597-618. Para su proyección sobre la semántica véase GARCÍA SUÁREZ, *Modos...*, pp. 423-544.

(57) AARNIO, *Lo racional...*, p. 239.

(58) Así, también WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 88-9.

de valores. Que sea la mejor justificada dependerá nuevamente de que se alcance un consenso sobre qué sistema de valores asumir.

El problema de la justificación y la razonabilidad de la interpretación, por tanto, está condicionado por el relativismo axiológico y será el convencimiento sobre el sistema de valores en el que enmarcar el proceso de inferencias lo que hará mejor justificada una solución sobre otra, en tanto que tenga aceptabilidad racional. Pero ¿cómo será posible convencer a un interlocutor sobre la asunción de un sistema de valores y no otro?, o lo que es lo mismo ¿en qué términos es posible hablar de aceptabilidad racional en el marco del relativismo axiológico?

La aceptabilidad racional de la interpretación al ser un diálogo, una comunicación humana, es en realidad una racionalidad comunicativa (59), por lo que precisamente la asunción de un sistema de valores por un interlocutor sería el objeto de discusión en el acto de comunicación. Así, las condiciones de la comunicación pasan al primer plano de la discusión sobre la aceptabilidad de las premisas. Lo importante no es la corrección del sistema de valores, sino las condiciones que tendrían que darse para que la discusión sobre el sistema de valores asumiera permitiera un diálogo libre de compulsión, una especie de *situación ideal de comunicación* (60). A partir de la misma es cuando podría afirmarse que «el concepto de aceptabilidad está conectado con la conclusión, es decir, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. No decimos que el proceso de razonamiento es razonable sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica» (61).

En resumen, el resultado de una interpretación jurídica ni es verdadero ni falso, no existe una única solución correcta en los procesos interpretativos. Puede haber más de una posición normativa «verdadera» en la sociedad, según el punto de partida que se adopte (62). La cuestión está en conseguir un consenso representativo en la sociedad sobre un sistema de valores, lo que supone el punto de partida –justi-

(59) AARNIO, *Lo racional...*, p. 241. Una lectura de la interpretación y aplicación del derecho en términos de teoría del discurso la ha realizado HABERMAS, *Facticidad...*, pp. 297-309, quien además ha sido el principal impulsor de las teorías dialógicas.

(60) Más ampliamente, sobre las condiciones para la situación ideal de comunicación, véase HABERMAS, *Teoría... II y Conciencia moral...*

(61) AARNIO, *Lo racional...*, pp. 247-8.

(62) *Ibidem*, p. 286.

ficación externa—. A partir del mismo, la lógica interna del razonamiento, en un universo de personas racionales, supondrá que se considere aceptable el resultado por reglas de inferencia. Volviendo al ejemplo anterior sobre la necedad de los griegos y tomando a tres personas A, B y C, racionales, que pertenecen a una misma comunidad D. La persona A parte de un punto de vista de que todos y sólo los griegos son necios y que X es griego, lo que coincide con un sistema de valores V1. La persona B parte de un punto de vista en que ningún griego es necio y que X es griego, lo que coincide con un sistema de valores V2. La persona C parte de un punto de vista en que todos los griegos son necios, aunque puede haber no griegos que también lo sean, y que X es no es griego, lo que coincide con un sistema de valores V3. Todos ellos, como seres racionales, admiten la argumentación silogística del *modus ponens*. De ese modo en el sistema de valores V1, X sería un necio; en el sistema de valores V2, X no sería un necio y en el sistema de valores V3, X no es un necio por ser griego, pero tampoco podría asegurarse que no fuera un necio a pesar de no ser griego. Pues bien, los ciudadanos de la comunidad D serán quienes decidan cuál de las conclusiones es la aceptable racionalmente. Para ello habrá que comprobar cuál de los sistemas de valores V1, V2 o V3 es el que goza de mayor consenso, en el sentido de ser la más relevante socialmente. Entonces, contando que también son seres racionales receptivos al modo silogístico del *modus ponens*, si el sistema de valores mayoritario es V1, esa mayoría de ciudadanos llegaría a la misma conclusión que la persona A y, en ese sentido, es la mejor interpretación posible; pero, insisto, no porque las conclusiones de la persona B y C no sean verdaderas o racionales e incluso aceptables y razonables dentro de su propio sistema de valores, sino porque no son aceptables y razonables dentro del sistema de valores imperante en la comunidad D. La minoría que en la comunidad D sostenga el sistema de valores V2 y V3 tendrán que resignarse a sostener su conclusión no aceptable ni razonable mayoritariamente y esperar a que por la fuerza racional de la justificación sus sistemas de valores pasen a tener la relevancia social mayoritaria.

Con esta diferencia entre una justificación interpretativa interna, controlable por definición al responder a criterios de lógica, y una justificación externa, incontrolable por definición al responder a criterios de preferencia axiológica, se destacan las dos funciones fundamentales de la actual dogmática penal: su carácter reductor de la inseguridad jurídica y su carácter de permeabilidad a la realidad social. Ahora bien, ¿es posible reconciliar lo controlable de la justificación interna de la interpretación con la apertura axiológica de la

justificación externa? ¿Realmente se puede considerar controlable un sistema que da entrada, por la puerta de la justificación externa, al relativismo axiológico? En principio, parece difícil, pero no debe descartarse. La respuesta es enmarcar esos criterios de preferencia axiológica al máximo, reduciendo también su arbitrariedad y su carácter aleatorio. El cómo hacerlo es el objeto del siguiente epígrafe.

IV. EL SISTEMA DE VALORES EN LA INTERPRETACIÓN PENAL

El objetivo de este trabajo era intentar conciliar las dos funciones de la dogmática penal –la garantista y la crítico-creativa– dentro de su prioritaria labor de interpretar el ámbito de significado de las normas penales. Como se ha argumentado, la labor de interpretación penal cuenta con unos condicionantes lingüísticos de los que no puede susstraerse. Esos condicionantes lingüísticos precipitan al intérprete a una labor de metalingüística en que lo controlable a través de la lógica es la derivación de proargumentos desde un sistema de valores dado hasta la conclusión de un ámbito de significado. Sin embargo, la discusión sobre el punto de partida del sistema de valores quedaba remitida a una cadena de pro y contraargumentos no regidos por la lógica sino por la búsqueda de un consenso intersubjetivo. Este carácter dialógico de la construcción del sistema de valores supone un punto de inflexión en la controlabilidad de la interpretación que exigiría una dogmática garantista. Pero no hay que olvidar que también la dogmática actual exigía, en el mismo plano que la función de garantía, el carácter abierto y permeable del sistema penal que posibilitara su crítica y su potencialidad creadora. Esta función crítico-creativa va a poder proyectarse en la labor dogmática de interpretación de las proposiciones jurídico-penales precisamente a través de la selección del sistema de valores de partida. Por tanto, un último objetivo es cómo lograr tomar una decisión sobre el sistema de valores de partida que resulte consensuado intersubjetivamente y que goce de un cierto nivel de controlabilidad.

La controlabilidad, si en la justificación interna de interpretación radicaba en la lógica y, por tanto, era óptima desde el punto de vista objetiva, no puede decirse lo mismo respecto de la externa. Aquí la lógica no juega ningún papel, sólo la discusión sobre valores. Sin embargo, la discusión sobre los valores no surge *ex novo*. El Derecho penal no está aislado ni del resto del Ordenamiento Jurídico ni de la sociedad. Por tanto, el sistema de valores no sólo podrá, sino que

deberá, por exigencias normativas, quedar enmarcado y limitado por la Constitución (63). El propio sistema de fuentes diseñado por la Constitución que da cobertura de legitimación formal a la normativa penal, será el que condicione también materialmente el sistema de valores de partida. La Constitución será, por tanto, la fuente axiológica de la interpretación jurídico-penal, como deberá de serlo de la jurídico-civil, mercantil, administrativa, laboral... o, en fin, de cualquier rama del Ordenamiento Jurídico.

En ese sentido es de destacar la posición del Tribunal Constitucional a este respecto, en la que señala que «desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al orden constitucional vigente» (64). En este párrafo el TC atiende tanto a la perspectiva de justificación interna cuando habla de apartamiento del tenor literal del precepto, como de la justificación externa, cuando se refiere a la utilización de pautas valorativas. Pero lo que me interesa señalar es que entiende que las pautas valorativas de referencia para la interpretación jurídico-penal sean las constitucionales.

Sin embargo, el tomar la Constitución como fuente del sistema de valores no es la panacea, al menos, por dos consideraciones: la primera, porque, a su vez, la propia Constitución es una norma jurídica y, por tanto, compuesta de proposiciones jurídicas que deben ser interpretadas. La segunda, porque la Constitución no establece un programa de máximos, sino de mínimos, con lo que quedará una cierta «holgura» axiológica. Aunque la primera consideración puede resultar problemática para fijar el programa o contenido axiológico de partida, junto con la holgura axiológica será la que posibilite definitivamente una construcción político-criminal plurívoca o alternativa razonablemente controlable.

El tomar como referencia axiológica de la justificación externa de interpretación de las normas penales a la Constitución, implica que se

(63) Sobre el carácter normativo de la Constitución y lo que ello implica desde la perspectiva interpretativa véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, pp. 39-105. Más desde un análisis iusfilosófico PERALTA, *La interpretación...*, pp. 31 y ss.

(64) STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7. En el mismo sentido, entre las últimas, SSTC 111/2004, de 12 de julio, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; o 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7.

deriva el descubrimiento de esos valores en algo que, a su vez, cuenta con los mismos condicionantes lingüísticos que las proposiciones jurídico-penales, ya que la Constitución está formada por proposiciones jurídico-constitucionales (65). En el fondo, esta remisión reinicia todo el problema de justificación interna y justificación externa. Siempre será posible un control de la lógica de la justificación interna de la interpretación de la Constitución, pero siempre habrá que recurrir, para la justificación externa del sistema de valores de partida a otra instancia (66). En este caso las instancias normativas están agotadas. Lo normativo se acaba en la Constitución. Fuera de ella –o antes de ella– ya sólo queda la sociedad. Por ello, serían las reflexiones sobre la Teoría Política de las que habría que derivar el sistema axiológico. Y, si para ésta sigue siendo válido lo intersubjetivo, también será el procedimentalismo de donde deban derivarse los principios valorativos (67). Lo cual también se reproduce en la Teoría Ética si se prefiere retornar sobre ella desde la Teoría Política como fuente axiológica de la misma (68). Finalmente lo valorativo se agota en lo procedimental. Lo axiológico no existe como materialidad sino como dialógica.

Estas reflexiones, por tanto, no despejan el problema del relativismo axiológico inherente a las teorías procedimentales que ha de asumirse sin trascendentalidad y con la única remisión a las condiciones ideales de comunicación. Sin embargo, ese relativismo axiológico no es peyorativo, sino que permite dos elementos fundamentales en un sistema dogmático abierto: por un lado, solventa el inmovilismo de las corrientes iusnaturalistas –incluidas las racionalistas– y, por otro, y en relación directa con lo anterior, posibilita una permanente adaptación del sistema, a través también de la interpretación y no sólo de la modificación legislativa, a la realidad social.

De ese modo, la interpretación jurídica no se agota únicamente en las propuestas de *lege ferenda* –perspectiva crítica–, sino también en las de *lege lata* –perspectiva creadora–. Siempre que se respeten las normas de la lógica inherentes a los condicionamientos lingüísticos de la interpretación, si el sistema de valores en el que se ha de desarrollar

(65) Así hay que destacar que la obra de WRÓBLEWSKI, *Constitución...* y la de otros destacados metodólogos de la interpretación tengan su origen en los problemas de interpretación de la propia Constitución.

(66) Para la polémica sobre esta cuestión en el constitucionalismo estadounidense véase BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*

(67) Sobre la construcción dialógica en la Teoría Política y su proyección sobre la construcción del Estado constitucional véase, por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad...*

(68) Así, por ejemplo, véase CORTINA, *Ética aplicada...*, pp. 89-154.

es uno de los posibles en el marco axiológico de la Constitución, el resultado de la interpretación podrá ser uno de los correctos desde la perspectiva de *lege lata* y, por tanto, no deberá quedar relegado a una simple aspiración de *lege ferenda*, sino que se podrá crear interpretativamente un ámbito de significado normativamente correcto.

Si el sistema de valores corresponde a la idealidad o a una proyección diferente de la que ha quedado normativizada, entonces surge únicamente la perspectiva crítica *–lege ferenda–* sin que sea posible asumirla como una solución normativamente correcta (69) *–lege lata–*. Así lo destaca el TC cuando afirma que «La seguridad jurídica (...) sitúa la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (...). Dicho de otro modo (...) son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico *–una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante–* (...) conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (70).

En conclusión, remitir la justificación externa de la interpretación jurídico-penal al marco axiológico de la Constitución no garantiza la total controlabilidad de la misma y deja siempre abierto un elemento de inseguridad jurídica sobre la solución de una única interpretación correcta. Sin embargo, esa inseguridad jurídica queda también relativizada por la vinculación negativa del sistema de valores de partida para la interpretación a la Constitución. Habrá un abanico de interpretaciones justificadas externamente, pero sólo las que queden enmarcadas, a su vez, en una interpretación constitucional justificada interna y externamente podrán contar con una corrección interpretativa positivizada. En toda esta construcción interpretativa del Derecho Penal, como ocurre con toda interpretación normativa, se ha podido compro-

(69) Ese límite a la interpretación de *lege lata* es destacado en Derecho penal como un más allá del consenso intersubjetivo. Así, CUERDA RIEZU, *El legislador...*, pp. 102 y ss.; pero que en términos normativos habría que entenderlo positivizado, en última instancia, en la Constitución.

(70) STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7. En el mismo sentido, entre las últimas, SSTC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 13; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; o 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7.

bar, además, que la creación de una dogmática abierta a valores debe estar acompañada de una apertura también a las reflexiones de otras ramas del conocimiento. Así la dogmática ni puede extraer valores desde su interioridad, ni puede prescindir de otros conocimientos para su construcción como saber crítico y como saber creativo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable* (trad. Garzón Valdés, E.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (cit. AARNIO, *Lo racional...*).
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Atienza, M. y Espejo, I.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (cit. ALEXY, *Teoría...*).
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho (ensayo de análisis de un razonamiento jurídico)*, ed. Civitas, Madrid, 1986 (cit. ATIENZA, *Sobre la analogía...*).
- BELTRÁN, M., *Originalismo e interpretación (Dworking vs Bork: una polémica constitucional)*, ed. Civitas, Madrid, 1989 (cit. BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*).
- CALVO GONZÁLEZ, J., *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, ed. Ariel, Barcelona, 1992 (cit. CALVO GONZÁLEZ, *Comunidad jurídica...*).
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 (cit. CARBONELL, *Derecho Penal...*).
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito/I*, 5.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1996 (cit. CEREZO, *CDPEPG II*).
- CID MOLINÉ, J., y MORESO MATEOS, J. J., «Derecho Penal y filosofía analítica (A propósito de *Diritto e ragione* de L. Ferrajoli)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. I, pp. 143-78 (cit. CID/MORESO, *ADPCP*, 1991).
- CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, ed. Tecnos, Madrid, 1993 (cit. CORTINA, *Ética aplicada...*).
- CUERDA RIEZU, A., *El legislador y el Derecho penal*, ed. Ceura, Madrid, 1991 (cit. CUERDA RIEZU, *El legislador...*).
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón* (trad. Andrés Ibáñez, P. y otros), ed. Trotta, Madrid, 1995 (cit. FERRAJOLI, *Derecho...*).
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 140-161 (cit. GIMBERNAT, *EDP*).
- *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1999 (cit. GIMBERNAT, *Concepto y método...*).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ed. Civitas, 3.ª ed., Madrid, 1985 (cit. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*).
- GARCÍA SUÁREZ, A., *Modos de significar (una introducción temática a la filosofía del lenguaje)*, ed. Tecnos, Madrid, 1997 (cit. GARCÍA SUÁREZ, *Modos...*).
- HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa* (trad. García Cotarelo, R.), ed. Península, Barcelona, 1985 (cit. HABERMAS, *Conciencia...*).
- *Teoría de la acción comunicativa II (Crítica de la razón fundamentalista)* (trad. JIMÉNEZ REDONDO, M.), ed. Taurus, Madrid, 1987 (cit. HABERMAS, *Teoría...II*).
- «Teorías de la verdad» (trad. Jiménez Redondo, M.), en NICOLÁS, J. A., y FRÁPOLLI, M.ª J. (editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 543-95 (cit. HABERMAS, *Teorías...*).
- *Facticidad y validez (Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)* (trad. JIMÉNEZ REDONDO, M.), ed. Trotta, Madrid, 1998 (cit. HABERMAS, *Facticidad...*).
- HAFT, F., «Derecho y lenguaje» (trad. García Amado), en VV.AA. (edición a cargo de Kaufmann, Arth., y Hassemer, W.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 221-38 (cit. HAFT, *El pensamiento...*).
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999 (cit. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación...*).
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial (Una aproximación al conocimiento jurídico)*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 (cit. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial...*).
- ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1989 (cit. ITURRALDE, *Lenguaje...*).
- LAMARCA PÉREZ, M. C., «Posibilidades y límites de la Dogmática penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1987, pp. 527 y ss. (cit. LAMARCA, *CPC*; 1987).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. y revisión Rodríguez Molinero, M.), ed. Ariel, Barcelona, 1994 (cit. LARENZ, *Metodología...*).
- MENDONCA, D., *Exploraciones normativas*, ed. Fontamara, México, 1995 (cit. MENDONCA, *Exploraciones...*).
- *Interpretación y aplicación del derecho*, ed. Universidad de Almería, Almería, 1997 (cit. MENDONCA, *Interpretación...*).
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1976 (cit. MIR, *Introducción...*).
- *Derecho Penal. Parte General*, ed. PPU, 5.ª ed., Barcelona, 1998 (cit. MIR, *DPPG*).

- NEUMANN, U., «La teoría de la ciencia jurídica» (trad. Fariñas Dulce, M. J.), en VV.AA. (edición a cargo de Kaufmann, Arth. y Hassemmer, W.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 351-90 (cit. NEUMANN, *El pensamiento...*).
- NICOLÁS, J. A., y FRÁPOLLI, M. J. (editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, ed. Tecnos, Madrid, 1997 (cit. NICOLÁS/FRÁPOLLI, *Teorías...*).
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, 3.ª ed., Barcelona, 1983 (cit. NINO, *Introducción...*).
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, ed. Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1984 (cit. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*).
- PERALTA, R., *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, ed. Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1994 (cit. PERALTA, *La interpretación...*).
- QUINTANA BRAVO, F., *Interpretación, Ratio Iuris y objetividad*, ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1994 (cit. QUINTANA, *Interpretación...*).
- ROBLES, G., *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, ed. Civitas, Madrid, 1998 (cit. ROBLES, *El Derecho...*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1988 (cit. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial...*).
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde, F.), Barcelona, 1972 (cit. ROXIN, *Política criminal...*).
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *La violencia en el Derecho Penal (Su análisis jurisprudencial y doctrinal en el CP de 1995)*, ed. Bosch, Barcelona, 1999 (cit. SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*).
- *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, ed. Bosch, Barcelona, 2005 (cit. SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión...*).
- SAUSSURE, F. DE, *Curso de lingüística general*, ed. Akal, Madrid, 1995 (cit. SAUSSURE, *Curso...*).
- SCHAFF, A., *Introducción a la semántica*, ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1973 (cit. SCHAFF, *Introducción...*).
- SCHROTH, U., «Hermenéutica filosófica y jurídica» (trad. García Amado), en VV.AA. (edición a cargo de Kaufmann, Arth., y Hassemmer, W.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 289-309 (cit. SCHROTH, *El pensamiento...*).
- SCHÜNEMANN, B., «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania» (trad. Bacigalupo, S.), en *Poder Judicial*, 1998, vol. III, núm. 51, pp. 201-222; tb. en VV.AA. (ed. GIMBERNAT, E.; SCHÜNEMANN, B., y WOLTER, J.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal (Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad Complutense de Madrid)*, ed. Facultad de Derecho UCM-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994. pp. 11-24 (cit. SCHÜNEMANN, *PJ* 1998).

- SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992 (cit. SILVA, *Aproximación...*).
- TARUFFO, M., *Cinco lecciones mexicanas (Memorias del taller de Derecho Procesal)*, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2002 (cit. TARUFFO, *Cinco lecciones...*).
- WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1988 (cit. WRÓBLEWSKI, *Constitución...*).

