

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN EL DERECHO PENAL

“Interpretar de acuerdo con la letra e interpretar de acuerdo con el espíritu. Todos somos abogados, todos sabemos a qué atenernos. Esto parece un cuento. Uno a veces piensa y se dice ¿Cómo es posible que le hayan enseñado a uno esto?”

A.L. Gioja

1. El principio de la legalidad. 2. Vinculación del juez a la ley. 3. El Derecho como lenguaje y la interpretación. 4. Necesidad de la interpretación. 5. Metas de la interpretación: concepciones objetiva y subjetiva. 6. Criterios para la interpretación: literal, histórico, sistemático y teleológico. 7. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva. 8. Límites de la interpretación: reducción teleológica y analogía. 9. Conclusiones.

1. El principio de la legalidad.

El ejercicio por parte del Estado de su poder punitivo comporta graves atentados en la esfera personal de los individuos. Es evidente que el Estado, cuya misión esencial es asegurar la paz, la prosperidad y la seguridad, debe recurrir el “*jus puniendi*”. Sin embargo, es inaceptable sacrificar los derechos del hombre en aras de la consecución de tales fines.

Las reglas que determinan las condiciones de la actividad punitiva del Estado constituyen el Derecho penal, cuya consolidación y humanización son el fruto de una larga y constante lucha contra el poder arbitrario y la injusticia.

El Derecho penal fija los principios generales relativos a la responsabilidad y a las sanciones penales. Define las diversas infracciones y señala las penas que deben imponerse a sus autores. Estas son las dos funciones primordiales del Derecho penal: la determinación de los actos humanos que merecen la calificación de infracciones y la delimitación de los medios punitivos del Estado. Este rol fundamental del Derecho penal se ha materializado en el princi-

pio de la legalidad, cuya expresión latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*” fue formulada, por primera vez, por el jurista alemán G. Feuerbach.

Las legislaciones penales modernas, generalmente, han mantenido el principio de la legalidad en cuanto a la determinación de las incriminaciones. “Es desde este aspecto —dice Germann— que hay una **diferencia esencial** entre, de una parte, la cuestión de saber cuáles son los hechos que caen bajo la represión penal y, de otra parte, la fijación de sanciones aplicables. Si los límites de lo que es punible son trazados por la ley, bastará mantenerse dentro de estos límites para no ser sancionado o sometido a medidas de la misma especie por parte del Estado. Es esto, para la mayor parte de los individuos, lo esencial y basta para consolidar sus sentimientos de seguridad y de libertad frente al poder represivo del Estado. Les interesa poco conocer la sanción en que incurrir al cometer un delito. No calculan el precio (en el sentido de las teorías abstractas de comienzos del siglo XIX)”. (1).

Nuestro legislador ha establecido, inspirándose en el Código penal italiano de 1889 y en los tres primeros artículos del Código penal, reglas que consagran este principio de la legalidad. En el artículo 2o. prohíbe todo cambio o modificación arbitraria de la pena prevista en la ley para la infracción cometida (“*nulla poena sine lege*”); en el artículo 3o. veta el recurso a la analogía para castigar un acto que no ha sido descrito como delictuoso en una ley

1. Oskar Germann, *Le controle du pouvoir d'application du juge dans la détermination des peines et des mesures de sureté*, in *Revue internationale de droit pénal* 1957, p. 235.

y de recurrir a la retroactividad ("nullum crimen sine lege"). En el artículo 1o. ha estatuido una garantía de carácter procesal: la privación o la restricción de derechos, a título de pena, sólo procede en virtud de una sentencia judicial ("nulla poena sine iudicio").

2 Vinculación del juez a la ley.

La primacía del principio de la legalidad significa que la ley es la única fuente del Derecho penal. El juez podrá invocar sólo una norma jurídica —promulgada antes de cometido el acto— para imponer una pena. Esta vinculación no es concebida, hoy en día, de la misma manera a como lo fue en los años anteriores e inmediatos al gran proceso de codificación. En ese entonces, se consideró —como— que "los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor" (2). Se llegó a afirmar que "En los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones, cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano" (3).

Ahora, este vínculo entre el juez y la ley se ha flexibilizado debido, precisamente, a un cambio sustancial en la manera de pensar que se refleja en la técnica legislativa.

Las penas tazadas han sido abandonadas; nuestro legislador se contenta con señalar un *mínimum* y un *máximum* dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. Las descripciones de las conductas delictuosas se realizan de manera general y se recurre, con frecuencia, a "elementos normativos"; de esta manera, se evitan las fórmulas casuísticas. Esta tendencia es considerada como el verdadero y más importante peligro para la vigencia del principio de la legalidad.

3. El Derecho como lenguaje y la interpretación.

La característica primaria del Derecho penal "consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella: se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas le son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas" (4).

Por esto, las normas jurídicas penales deben re-

dactarse de modo que sean accesibles a la generalidad de las personas. Sin embargo, estas normas no sólo se dirigen a las personas, en general, con la pretensión de guiar sus conductas; sino también a los individuos encargados de aplicar un sistema de penas (5). La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta —"mediante formas generales explícitas"— es posible gracias al lenguaje. Esto ha hecho posible la existencia de lo que hoy denominamos Derecho. Con justa razón, Juan Ramón Capella dice que "todo derecho, en efecto, tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad" (6).

En Derecho penal, donde rige plenamente el principio de la legalidad, la norma jurídica es una fórmula lingüística escrita, que es capaz de influir en el juez y en el resto de personas, en razón de que los signos que constituyen su aspecto físico "poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Ese significado es atribuido a lo impreso por la persona que mediante la facultad de la visión tiene experiencia de dichos caracteres" (7).

En la averiguación del significado de estas fórmulas lingüísticas (denominadas proposiciones o normas jurídicas), consiste la interpretación (8).

Este proceso tiene un aspecto cognoscitivo, ya que se acude al "fenómeno elemental del entender que se realiza a través del lenguaje". Esto nos muestra, según Betti, como el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido así, tal cual, como algo material, sino acogido como una llamada o una invitación a nuestra inteligencia, como una exigencia dirigida a nosotros, para reconstruir desde dentro, traducir y volver a expresar interiormente, con nues-

2. Montesquieu, *Es espíritu de las leyes*, traductor Nicolás Estévez, Garnier Henos., Paris 1939, T.I., p. 109.

3. Montesquieu, *Es espíritu de las leyes*, T.I, p. 38.

4. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, traductor Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p.49.

5. Hart, *El concepto de Derecho*, p. 49.

6. Juan Ramón Capella, *El Derecho como lenguaje - Un análisis lógico*, Ariel, Barcelona 1968, p. 28.

7. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 109.

8. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1966, p. 246; cf. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 113. Ver: Liborio C. Bonacorso, *Il processo e l'applicazione del diritto*, in *Revista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, p. 259.

tras categorías mentales, la idea que él suscita y representa" (9). Este mismo autor afirma: "De este modo, en el proceso interpretativo ocurre una inversión del proceso creador: una inversión por la cual el intérprete en el *inter* hermenéutico debe recorrer en sentido retrospectivo el *inter* genético y realizar en sí el repensamiento" (10).

Sin embargo, el proceso interpretativo no se agota en esta fase cognoscitiva. Comprendida sólo desde este punto de vista no explica, en todos sus aspectos, la toma de decisión por parte del juez. Esta decisión depende de una valorización de la norma jurídica. Esta no es una "fórmula mágica", sino que constituye la materialización de toda una tradición cultural. Condicionado por esta realidad, el juez comprende la proposición jurídica; tratando de que su decisión aparezca y sea aceptada "no sólo como justa o socialmente deseable". De manera que la interpretación —observada desde esta perspectiva— ha de ser considerada también como un acto de valoración y no de mero conocimiento.

4. Necesidad de la interpretación.

A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones se tuvo la convicción de que el Derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. Así, por ejemplo, luego de la promulgación del Código penal de Baviera (1813), se prohibió, expresamente, se comentaran sus disposiciones (11). Esta clase de prohibiciones tenían su origen en la idea de que el juez estaba estrechamente vinculado al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

En épocas más recientes se ha sostenido la inutilidad de la interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. Ya que de esta manera cada miembro de la sociedad dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cual la oportunidad para hacer algo.

De esta manera, sin embargo, se olvida que los mandatos, prohibiciones o permisos jurídicos son transmitidos mediante expresiones del lenguaje; las que "no pueden reproducir, de manera exacta, toda la riqueza de la realidad de que hablan" (12). Las palabras no son unívocas, no tienen un sentido natural y obvio. Su significado varía según cual sea la conexión de lo que se dice. El sentido de lo que se dice en conjunto es el único que puede esclarecer,

por completo, el correspondiente significado de las palabras individuales. "El contexto mostrará —dice Ross— la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual —continúa el mismo autor—, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto de referencia. Hacia la periferie la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra, concluye Ross —tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no" (13).

Así, a pesar de que el Derecho consiste en reglas generales formuladas por escrito, "en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas". Esto es lo que se ha llamado "la textura abierta del lenguaje". Tomando consciencia de este hecho, es de recordar con Hart que "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho" (14).

9. Emilio Betti, *En torno a una teoría general de la interpretación*, in *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. VII, No. 1, junio 1966, Bogotá, p. 93.

10. Betti, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VII, No. 1, Bogotá 1966, p. 93-94.

11. Ver: Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 1956, p. 181-182; Sebastián Soler *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona 1962, p. 9.

12. Adam Schaff, *Ensayos sobre filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona 1973, p. 99.

13. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 111. Tiene razón Sebastián Soler cuando rechaza la posesión escéptica, "consistente en transferir al lenguaje normativo las incertidumbres operativas posibles y aún frecuentes en el uso común del lenguaje". La expresión tiene un inequívoco sentido dispositivo. Pero no estamos de acuerdo con él en cuanto afirma: "Esto significa que cuando la ley emplea una expresión tiene un significado preciso y dispositivo. Salvo que ella disponga de otro modo, ese significado es único"; in *Las Palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México 1969, p. 148 y 172.

14. Hart, *El concepto de Derecho*, p. 159.

La vaguedad del lenguaje no puede dejar de ser considerada por la teoría del Derecho, ya que hace patente la "futilidad de las prohibiciones de interpretación que a veces se encuentra en los textos legales: nada puede impedir que una palabra, ordinariamente precisa (precisa en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria" (15).

Tomemos un ejemplo del lenguaje corriente, frecuentemente citado. ¿Qué significa el término calvo? ¿A quién se le puede calificar de calvo? Nosotros no cuestionamos, actualmente, el significado de este término. Pero, si al legislador se le ocurriera, por ejemplo, aplicar un impuesto a los "calvos", tendríamos que ponernos a pensar a quiénes ha querido designar mediante esta palabra. ¿Calvo es quien no tiene pelo alguno en la cabeza o, también, quien los tiene pocos (16). Veamos algunos ejemplos del lenguaje legal: ¿El término "edificio", utilizado por nuestro legislador en el artículo 267 del Código penal, se refiere a la "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos?" o a todo lo que ha sido construido sobre el suelo y bajo el suelo? (17).

Cabe preguntarse si una palabra utilizada dos veces en la misma disposición tiene, en ambos casos, igual significación. Por ejemplo, en el párrafo 1o. del artículo 257, se dice: "El que con **violencia**, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble..." y en el párrafo 3o., se expresa: "El que con **violencia** o amenazas, turbare la posesión de un inmueble" ¿En el primero, el término "violencia" comprende también la amenaza (violencia moral o vis compulsiva)?

¿Cuándo en el artículo 214, se hace referencia a un "nuevo matrimonio", se debe comprender al matrimonio civil y al religioso o sólo al primero?

El legislador ha querido describir conductas distintas o incurre en redundancia; cuando establece, primero, en el párrafo 2o. del artículo 230 que "se impondrá la misma pena (prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días) e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al **funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina**" (violación de domicilio) y, luego, en el artículo 339 que "el **funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina**, será reprimido con prisión no mayor de dos

años e inhabilitación, conforme a los incisos 1o. y 3o. del artículo 27, por doble tiempo de la condena" (abuso de autoridad).

Aún en reglas aparentemente tan claras como el **artículo 150** del Código penal, se presentan dudas cuando se les confronta con la realidad. Esta disposición dice "el que intencionalmente mata a **otro** será reprimido..." Es a una persona natural y viva a la que se refiere el término "**otro**". Es natural que nos sintamos señalados por tal expresión. ¿Pero, comprende —igualmente— a las "personas descerebradas" o "muertos clínicamente"? En realidad, de lo que se trata es de saber cuando se ha de considerar muerta a una persona. Esto se ha discutido mucho en los últimos años con ocasión de los trasplantes de órganos. Tradicionalmente, se ha admitido que la vida dura hasta el último latido del corazón o acto de respiración. Pero ante la comprobación de que las funciones del corazón pueden detenerse aún por horas, no se acepta hoy en día tal criterio. Admite, por el contrario, la medicina moderna el concepto de la muerte cerebral. Este concepto ha sido incorporado a nuestra legislación. En el **Código Sanitario (18)** se reconoce que el fin de la vida productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. En relación con esta última, se establece que "la muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales" (art. 36). En el artículo 21 del **Reglamento de Injertos o Trasplantes (19)** se define a la muerte como "un proceso biológico, lento y progresivo que se desarrolla a nivel celular, en tiempo variable para cada tejido. Su evolución comienza antes de la muerte clínica y continúa después de producida ésta". La muerte clínica es definida como el paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro medio científico más moderno empleado en el momento de la declaración" (art. 41 del Código Sanitario). Es esta muerte la que ya pro-

15. Capella, *El Derecho como lenguaje*, p. 248-249.

16. Ver: Soler, *Las Palabras de la ley*, p. 174-176. No nos ha sido posible consultar la obra de Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As. 1965, a la cual se refiere críticamente Soler.

17. José Hurtado Pozo, *Delitos contra la Seguridad Pública - Incendios y otros estragos* (Notas del curso Derecho Penal III), Cuadernos del Instituto de Ciencias Penales, Lima, junio 1972, p. 14.

18. Código Sanitario, Decreto Ley 17505 del 18 de marzo de 1969, *in Leyes y resoluciones de carácter general de la República del Perú*, Ministerio de Justicia y Culto, año XVI, No. 80, Lima - marzo-abril 1969, p. 385-403.

duce consecuencias jurídicas, por esto el artículo 38 del Código Sanitario dispone que "por la muerte, dentro del campo de la salud, el sujeto de derecho se convierte en objeto de derecho que se conserva, se destruye o se usa en defensa y cuidado de la salud pública y de la salud privada". Con esta disposición concuerda el artículo 6 del Reglamento de Injertos o Transplantes que dice: "Desde el momento en que el médico certifique, respecto de su paciente, que cualquier procedimiento técnico que se siga será inútil para producir su recuperación, y producida la muerte clínica, se podrán usar procedimientos para los efectos de conservar la vida independiente de los órganos a fin de que puedan ser utilizados en trasplantes".

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el "muerto clínicamente puede o no ser víctima del delito de homicidio". En otras palabras, si el término "otro" comprende o no a la persona considerada muerta "clínicamente". Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse y nuestra Doctrina no se ha planteado "in extensum" el problema (20). En el extranjero, se ha dado una respuesta negativa (21).

No son extraños a esta vaguedad los términos técnicos y, además, el legislador mismo los usa de manera inapropiada. Tenemos un caso, es el artículo 125 del Código penal en que se trata de la reincidencia. La jurisprudencia reiterada de los tribunales ha considerado, justamente, que aquí dicho término no ha sido usado por el legislador en el sentido determinado del artículo 111, sino que con él se hace referencia al simple hecho de "volver a cometer un delito" (22).

Respecto al lenguaje científico ha dicho Ross, que está caracterizado por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma más elevada del lenguaje científico, en el lenguaje símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito" (23). Por esto, la referencia a la edad de la víctima —por ejemplo— es uno de los pocos casos de certeza de la expresión en las normas jurídicas que la contenga (art. 199).

Se puede afirmar que la aplicación de la proposición jurídica a un caso particular requiere de su interpretación; tarea que es completada por la determinación e interpretación de los hechos (24).

La necesidad de interpretar el texto legal se presenta, sobre todo, "cuando el fenómeno a en-

juiciar se encuentra en el sector marginal" de un concepto o de una representación general" (25).

5. Metas de la interpretación: concepciones objetiva y subjetiva.

El proceso de la interpretación no concluye, con frecuencia, en una sola solución. El resultado no es preciso, exento de ambigüedad. Karl Larenz considera —con justa razón— que la respuesta a la pregunta ¿cuándo es "correcto" el resultado de la interpretación? depende de cómo se determine la meta del conocimiento.

Dos concepciones se oponen, tradicionalmente, en torno a este problema: la **teoría subjetiva** y la **teoría objetiva**. Según los partidarios de la primera, la interpretación se dirige a determinar la voluntad del legislador histórico; es decir, "a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar" (26). Los defensores de la segunda, afirman que se trata de buscar la voluntad de la ley; el sentido razonable, normativo de la ley (27).

La separación radical de estas dos concepciones es artificiosa; debido a que no se puede contraponer de manera absoluta intención y comunicación. Está última no tiene un significado objetivo preciso y su comprensión cambia de acuerdo a los datos que se tengan en cuenta. La intención que es un fenómeno

26. Ver: Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 117.

27. Larenz, *La Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 250; Ross dice: "establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo", *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 117.

19. Reglamento General de Injertos o Trasplantes de órganos, tejidos y partes del organismo Decreto Supremo No. 0098-71 SA del 22 de junio de 1971, in "El Peruano" del 30 de junio de 1971.

20. Ver: Luis Roy Freyre, *Derecho Penal Peruano*, T.I. Parte especial, Lima 1974, p. 45-46; este autor considera que la persona declarada muerta clínicamente puede ser víctima del delito de homicidio. Raúl Peña Cabrera no se pronuncia; ver: *Derecho Penal Peruano - Parte especial*, 3a. edición, Lima, 1972, p. 12-13.

21. Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonder Teil*, 5a. edición, Verlag C.F. Muller, Karlsruhe 1971, p. 13.

22. Ejecutoria del 13 de octubre de 1937, in *Anales Judiciales 1937*, p. 123. Ver: Ejecutoria del 5 de noviembre de 1955; in *Anales Judiciales 1955*; p. 347.

23. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 115.

24. Soler, *La interpretación de la ley*, p. 75

25. Larenz, *La metodología del Derecho*, p. 248.

del mundo interno del legislador es "fundamentalmente inaccesible" (38). Gioja afirmó, refiriéndose a la comprensión del espíritu del legislador —como también se denomina a la voluntad—, que "salvo que uno tenga algunas dotes metapsíquicas muy especiales, uno no puede entrar en el espíritu del legislador, sino a través de ciertas manifestaciones externas que él haga. Las manifestaciones externas más comunes que tiene el legislador es hablar o escribir" (29).

En la doctrina nacional se sostiene, generalmente, que la interpretación tiende a establecer la voluntad de la ley. De la jurisprudencia de la Corte Suprema no se puede deducir una concepción coherente y de cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos ha recurrido algunas veces a la pretendida "voluntad del legislador".

Ante el problema de saber si en el artículo 214 la palabra "matrimonio" se refiere tanto al civil como al religioso, la Corte Suprema sostuvo en su ejecutoria del 8 de junio de 1940 que "aún cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador —argumentaron nuestros jueces supremos— al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos" (30). Sin embargo, el criterio que ha predominado es el legalista: sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil.

En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa fundamentalmente del texto legal, en sentido figurado habla de "la doctrina que establece el Código Penal" o la ley (31).

Si se quiere seguir hablando de teorías subjetivas y objetivas, debe cambiarse el criterio de distinción. Ha de tenerse en cuenta los elementos a los que recurre el intérprete para llegar al sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hechos ligados a la estructuración de la expresión y a su adecuación, diremos que concibe la interpretación de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva (32).

Ambos criterios deben ser empleados, por cuanto son útiles para establecer el significado de la ley

objeto de la interpretación. Larenz ha señalado muy bien que "es necesario lograr una síntesis, pues, la ley como voluntad expresada del legislador lleva en sí los caracteres de su tiempo, pero como ley ahora vigente se transforma con el tiempo. Ambos elementos tienen la misma gran significación, ambos han de ser tenidos en cuenta por la interpretación (33).

6. Criterios para la interpretación: literal, histórico, sistemático y teleológico.

Se conoce, en principio, que las reglas o criterios empleados en los demás campos jurídicos son también aplicables en Derecho Penal, siempre y cuando no implique su uso una violación del principio de la legalidad.

Casi todos están de acuerdo en que el primer paso a dar en la interpretación de una norma es el análisis de su sentido literal. Por esto, Gioja ha podido decir "lo que parece evidente es que el espíritu lo descubro a través de la letra" (34).

Tradicionalmente, se ha sostenido que es la forma más simple de interpretación, y que consiste en indagar el significado propio de las palabras. Estas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Pero, como lo hemos visto anteriormente, las palabras no poseen un sentido natural y obvio. Son en su mayor parte ambiguas, vagas; su campo de referencia es indefinido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a ésto el esclarecimiento del sentido literal sólo puede alcanzarse a fijar, aproximadamente, la amplitud de la expresión. Para precisarla es necesario recurrir a otros criterios. Estos son el histórico, el sistemático y el teleológico.

Veamos, en primer lugar, el siguiente caso jurisprudencial (35): un menor de catorce años de edad

28. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 117.

29. Ambrosio L. Gioja, *Ideas para una filosofía del Derecho*, T.II, Buenos Aires 1973, p. 264.

30. *In Anales Judiciales 1940*, p. 59.

31. *In Revista de Jurisprudencia Peruana 1937*, p. 657.

32. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 118

33. Ver: Oskar Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2a. edición, Verlag Stampfil Cie, Berna 1967, p. 47 y ss.

34. Gioja, *Ideas para una filosofía del Derecho*, T.II, p. 264.

35. *In Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, No. 11-12, p. 440 y s., Lima 1973.

practica el acto análogo al sexual con un homosexual, quien hace de pasivo. El Tribunal correccional condena al homosexual a una pena privativa de la libertad, como cómplice del delito de **violación de menores**. Consideró al menor como autor y víctima del delito. Dejemos de lado las críticas que merece esta solución y retengamos únicamente que el Tribunal invocó el **artículo 199** del Código penal. Al verse en la Corte Suprema este caso, se sostuvieron tres criterios distintos. En primer lugar, en la misma Resolución Suprema se dice, que siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años de edad que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito de **atentado contra el pudor**, previsto en el **artículo 200 del Código Penal**. En segundo lugar, se afirma en un primer voto en discordia que este hecho constituye el delito de violación presunta, "porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, y que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos códigos y a las circunstancias de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo en el acto sexual". En tercer lugar, se sostiene en un segundo voto en discordia, que el artículo 199 al referirse a "hacer sufrir el acto sexual o el acto análogo a un menor", reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, que en el caso presente es, precisamente, el encausado; llegándose a afirmar que no es de aplicación ni el artículo 199 ni el 200 del Código Penal, sino que debe castigarse al pederasta de acuerdo con el **artículo 85 del Código de menores**, que reprime la incitación a actos inmora-

les.

El **artículo 199 del Código Penal** dice el que "hiciera el acto sexual o un acto análogo a un menor". Las discrepancias existentes entre la Resolución Suprema y los votos discordantes tienen su origen en un problema de lenguaje. Se trata de saber que significa "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo". En el caso del ejemplo, vemos que la Resolución Suprema hace referencia expresa a que el agraviado actuó como sujeto activo en el acto sexual. El primer voto en discordia señala, expresamente, que las dudas para encuadrar ese comportamiento como violación de menores, se debe a los vocablos empleados en muchos códigos (se ha querido decir, en nuestro códigos) y además al hecho de que el agraviado hizo de sujeto activo en el acto carnal. En el segundo voto, se hace, igualmente, referencia al rol de incubo o sucubo desempeña-

do por el acusado (homosexual).

Todo el problema gira en saber cuál es el significado de la frase "hacer sufrir el acto sexual", o se ustedes prefieren, qué cosa es lo que quiere decir la ley, qué ha querido estatuir con ella el legislador. En la Resolución Suprema analizada, se sostiene que el acto imputado al pederasta pasivo es un "atentado contra el pudor del menor" y no violación, en base a que se estima que el sujeto pasivo del acto sexual o análogo debe ser necesariamente el sujeto activo del delito, y que el sujeto pasivo debe ser, igualmente, el sujeto pasivo del delito. Esta opinión parece basarse en el criterio "machista" de que el sujeto pasivo "padece" el acto sexual.

En el segundo voto en discordia, se rechaza la aplicación del artículo 199 (por las mismas razones sostenidas en la Suprema) y la del artículo 200, por faltar en el caso de autos "los elementos típicos que configuran la infracción". Sus sustentadores afirman que es de aplicación el artículo 85 del Código de menores (incitación a actos inmoraes). En el primer voto en discordia se sostiene, por el contrario, que es de aplicación el artículo 199.

Si bien no se puede afirmar que la solución se obtendrá mediante el análisis del lenguaje de la ley, cabe admitir que éste nos dará la clave para encontrarla. Con este objeto, es necesario referirnos a la fuente legal de esta disposición: los proyectos suizos de 1916 y 1918.

El artículo 199 de nuestro Código penal es una traducción del artículo 131 del anteproyecto suizo de 1916. En el texto francés de esta disposición —que fue consultado por el legislador peruano— se emplea la frase "faire subir" cuya traducción literal es, precisamente, "hacer sufrir". La connotación emocional que tiene esta frase española, no la tiene la frase francesa. En español, "hacer sufrir" significa "hacer padecer", esto es hacer que una persona soporte con resignación y paciencia un daño moral o físico; en cambio, la expresión francesa significa, también, "someter de grado o fuerza a una persona". Es en este sentido de "someter por la fuerza" que el legislador ha utilizado la frase "hacer sufrir". No se trata de averiguar si el sujeto pasivo "padece o no el acto sexual". la clave está en constatar si el acto sexual o análogo ha sido impuesto a la **víctima del delito** (que no es necesariamente el sujeto pasivo del acto sexual o análogo).

Los jueces supremos —en el momento de resolver el caso— cuestionaron una serie de aspectos superfluos; por ejemplo, que el menor en forma algu-

na ha sido presionado para realizar en la persona del encausado el acto análogo al sexual; que éste último ha actuado como sujeto pasivo; que el menor actuó sin estar sometido a violencia o amenaza alguna; que el menor tenía plena libertad para aceptar o rechazar la inmoralidad propuesta. Pero el artículo 199 no exige que el acto sexual (o análogo) se realice contra la voluntad del menor; se trata, justamente, de una forma de violación presunta. Es decir, que al menor se le considera incapacitado para prestar su consentimiento, y todo aquel que practique el acto sexual o análogo contra un menor, aun cuando éste hubiera incitado y aceptado la realización del acto sexual, se supone que lo ha realizado contra la voluntad del menor. Por tanto, no es un elemento del tipo legal: "ir contra la voluntad del menor". Se presume que quien somete a un menor al acto sexual, diríamos nosotros, a pesar de que este menor lo acepte voluntariamente, está haciendo un acto que la ley presume no querido por el menor, porque la ley lo considera incapaz de prestar consentimiento.

Cuando en uno de los votos dirimientes se hace referencia a que —para aplicar el artículo 199— el sujeto pasivo del delito debe ser siempre el sujeto pasivo del acto sexual, se distingue donde la ley no hace distinción alguna. Además, si analizamos el artículo 199 en relación con el delito de **violación de mujeres mayores de edad** (art. 196), tendremos otra perspectiva de la expresión "hacer sufrir el acto sexual". En la **violación de mujeres mayores de edad**, se dice "el que mediante violencia o amenaza hiciera sufrir el acto sexual". Es decir, "hacer sufrir el acto sexual" implica, en realidad, someter a la mujer mediante violencia o amenaza para que practique el acto sexual fuera de matrimonio. Siendo la mujer capaz de prestar su consentimiento, para la realización del acto sexual, el legislador ha debido indicar el medio: violencia o amenaza. En el artículo 199, sin hacer referencia a medio alguno, se sigue empleando la frase "hacer sufrir...". Esto se debe a que supone en estos casos que el simple hecho de practicarlo con menores de 16 años, ya significa cometerlo contra su voluntad. El menor es incapaz de prestar su consentimiento. De esta manera queda evidente la imprecisión de la frase "hacer sufrir...". Tiene un núcleo muy claro: someter por violencia a una mujer para que practique el acto sexual; pero, también una zona de penumbra: el pederasta pasivo que se hace practicar el acto análogo por un menor. Cuando se consideran los casos situados en la zona de penumbra, se habla de "interpre-

tación extensiva" (36).

Para precisar el sentido del artículo 199 del Código Penal, nos ha sido necesario recurrir al **criterio sistemático** y al **histórico**. Mediante el primero, hemos establecido su conexión con otras proposiciones y las conexiones que entre sí tienen las partes individuales de la norma. El criterio histórico está referido a la determinación del antecedente histórico. Esto último es fundamental, porque el lenguaje de una proposición en vigor "no puede ser entendido rectamente si se escinde de los antecedentes históricos, por considerarlo algo suficiente" (37).

Veamos otro ejemplo. El **artículo 243** que prevé el **delito de encubrimiento** dice que el autor "debía presumir que (la cosa) provenía de un delito". Esta expresión se refiere sólo a quien acepta como regalo parte de las joyas robadas por un tercero o también a quien acepta regalos, adquiridos con el producto de la venta de las joyas robadas. La respuesta no se puede obtener mediante la simple interpretación literal; es decir, de que la frase "debía presumir que provenía de un delito", no tiene un significado objetivo, natural, sino que puede ser comprendida de dos maneras: primero, la cosa proviene de un delito inmediato, es la cosa de la que el agente se ha apoderado, por ejemplo, mediante sustracción; segundo, no es la cosa sustraída la que negocia o recibe al encubridor, sino que aprovecha mediatamente de la cosa que proviene de un delito. No recibe, por ejemplo, las joyas robadas, sino parte del producto obtenido de su venta (conociendo su origen ilícito). El primer caso será reprimido, sin duda alguna, de acuerdo al artículo 243; pero, también lo sería el segundo caso? Este último recibe el nombre de "seudo encubrimiento".

La respuesta depende, pues, de la interpretación que demos a la frase "proviene de un delito". Literalmente, "provenir" significa "proceder", originarse una cosa de otra. "Origen", significa principio, nacimiento y causa de una cosa. Debido a esta ambigüedad en el lenguaje, se recurre a otros criterios, por ejemplo, el **sistemático** o el **histórico**. La fuente legal de esta norma, en cuanto al tipo legal, es el artículo 125 del proyecto suizo de 1918; que ya figuraba en el texto de agosto de 1915 (art. 129), en el de 1908 (art. 87) y subsiste en el artículo 144 del Código vigente. Los expertos que redactaron este texto afirman que sólo se puede encubrir

36. Ver *Infra* No. 7, p. 20.

37. Betti, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VII, No. 1, Bogotá 1966, p. 101.

la cosa misma obtenida mediante la primera infracción y no el producto de la venta de la cosa. Asimismo, están de acuerdo en que no es necesario establecer si el encubridor obró por un móvil de lucro (38). Sin embargo, a pesar de la identidad es los textos sería equivocado admitirlo sin más en nuestro medio, ya que nuestro legislador ha incorporado entre los delitos contra la administración de justicia, procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o **escondiendo los efectos del mismo**, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días" (art. 332). Disposición que tiene como fuente legal el artículo 16, inciso 2o., del Código penal derogado: "Destruyendo u **ocultando el cuerpo del delito**, sus vestigios o los instrumentos con que se cometió, a fin de impedir su descubrimiento". Esta regla no tiene equivalente en el Código penal helvético. Según esta disposición, el encubrimiento era reprimido en todas sus formas como un tipo de participación; en el Código vigente, por el contrario, lo es a título de infracción independiente: primero, como receptación y dentro de los delitos contra el patrimonio; y, segundo, como encubrimiento real, y se le ha ubicado entre los delitos contra la administración de justicia. El inciso primero del artículo 16 del código derogado ha sido reemplazado por el artículo 243 y el inciso segundo ha devenido en artículo 342.

En el aspecto que nos interesa, estos dos disposiciones reprimen al que "escondiese... una cosa que él debía presumir que provenía de un delito" (art. 243) y al que actuase "escondiendo los efectos del mismo" (delito) (art. 332). Significa esto que el legislador emplea distintas formas lingüísticas para referirse a un mismo tipo de acción o es de que se trata de acciones distintas. ¿"Cosa que proviene de un delito" es lo mismo que "efectos del delito"? En doctrina, se admite que lo único que diferencia a ambos comportamientos es el móvil con que actúa el agente: en un caso, el de obtener un provecho; en el otro, el de dificultar la persecución judicial, desinteresadamente y en beneficio del delincuente. Por lo tanto, para aplicar el artículo 243 en necesario comprobar que el encubridor actuó con el afán de obtener provecho. Pero, por otro lado, esta indagación en torno a las fuentes y conexiones de la disposición con otras no nos ha permitido alcanzar una respuesta definitiva sobre los alcances de la frase "provenir de un delito".

La importancia de la determinación de los antecedentes y del contexto en que se dictó la norma jurídica, se nota, por ejemplo, al tratar de determi-

nar lo que significa "perfidia", en el artículo 152 del Código Penal. Si se prefiere, que es lo que quiere decir la ley o ha querido decir el legislador con "perfidia"?

La muerte causada con perfidia es un asesinato. ¿Pero, cuándo se presenta esta circunstancia? En doctrina, se dice que el pérfido es el traidor, el desleal, el que no respeta la fe debida (39). El Dr. Roy Freyre señala que la "perfidia es una traición en el ámbito espiritual integrada de un lado, por el quebrantamiento de un deber de gratitud; y, de otro, por el aprovechamiento de la inadvertencia moral de la víctima" (40). La Corte Suprema admite este criterio en reiteradas ocasiones; así, considera que actúa con perfidia quien aprovechándose de la confianza que le dispensaba su tío (él que lo ayudaba materialmente) le causa la muerte (44). Ha sostenido, igualmente, que si no existe este lazo entre autor y víctima se da sólo el homicidio simple (42).

Podemos afirmar que de esta manera se hace referencia al núcleo connotativo del término. Sin embargo, hay casos límites como el que señala el propio profesor Roy Freyre al referirse a "aquellos que con la idea de asegurar la perpetración del delito simularon actitudes que generan confianza en la víctima" (43). Con este mismo criterio, la Corte Suprema ha afirmado "que el crimen lo premeditó y preparó debidamente (el agente), adoptando todas las precauciones para no ser descubierto y para la culminación segura de su designio; que dió muerte a su mujer con **perfidia** manifiesta; llevandola a lugar desolado mediante engaño para darle confianza..."(44) y "que la forma y el lugar en que actuó para eliminar su víctima ponen de manifiesto

38. Emile Zurcher, *Exposé de motifs de l'avant-projet de 1908*, traductor Alfred Gautier, Imprimerie Stamppli, Berna 1914, p. 149-150.

39. Angel Gustavo Cornejo, *Derecho Penal - Parte especial*, T.I, Librería e Imprenta Gil, Lima 1937, p. 30; Peña, *Derecho Penal Peruano*, p. 35.

40. *Derecho Penal Peruano*, T.I, p. 90.

41. Ejecutoria del 8 de julio de 1966, in *Revista de Jurisprudencia Peruano* 1966, p. 1470. Ver: Ejecutoria del 17 de enero de 1947, in *Revista de los Tribunales* 1947, p. 109.

42. Ejecutoria del 5 de junio de 1953, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1953, p. 1108.

43. Freire, *Derecho Penal Peruano*, T.I, p. 90.

44. Ejecutoria del 14 de setiembre de 1971, Exp. 681/71, procede de Arequipa.

que obró con premeditación y **perfidia**, ya que luego de ganarse la confianza del agraviado lo condujo hacia otro sitio despoblado donde lo mató" (45).

¿Cómo los juristas y los jueces han llegado a elaborar esta noción de "perfidia"? Respecto a los primeros, ha primado, fundamentalmente, un criterio conceptualista, inspirado por doctrinarios extranjeros. Lo que se nota, en particular, por la referencia a la noción de "alevosía". En cuanto a los segundos, es de tener presente los antecedentes jurisprudenciales, en los que se aplicaba el artículo 237 de nuestro viejo código. Esta disposición estatúa "Hay perfidia cuando con simulación de amistad, o de cualquier otro modo, se atrae a la víctima que no tiene motivo para desconfiar del asesino u ofensor". Creemos que debe recordarse, además, que el artículo 152 es una reproducción literal del artículo 99 del proyecto suizo de 1918; en cuyo texto francés se habla de "perfidie". Nuestro codificador no escogió entre "perfidia" y "alevosía", siguió fielmente el texto helvético. En éste no podía encontrarse un vocablo equivalente a alevosía por no existir en francés (46). El término "perfidia" fue comprendido por los redactores del texto suizo como el acto "consistente en las astucias, maquinaciones, engaños dirigidos a una persona credula" (47).

Otro criterio que se utiliza para determinar el significado de la ley, es el **teleológico**. Consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del Derecho en general o de un instituto. En relación a esto último se señalan "la naturaleza de las cosas", "la equidad", "seguridad", etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades sociales a las cuales el legislador ha querido dar solución (48). En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley y la "finalidad actual del precepto" (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo "habrá que preguntar que fin puede tener **razonablemente** una regulación; para lo que habrá que tener en cuenta los **finés objetivos del Derecho**".

Alf Ross considerando que aún cuando el propósito de una actividad puede ser establecido en forma inequívoca, no proporciona la única guía para esa actividad; que a menudo es imposible de establecer, sin ambigüedad, el propósito de una ley; y, por último, que frecuentemente es imposible atribuir algún propósito a una ley; sostiene que "es menester

subrayar que **telos** no designa el propósito aislado de la ley individual, sino que **par pro toto** se refiere a todas las consideraciones admisibles". El prefiere denominar a esta forma de interpretación "**pragmática**", en lugar de "teleológica". En su opinión, consistiría en la "integración de una multiplicidad de valoraciones; y el propósito de la ley solamente indica una consideración única dentro de esa multiplicidad" (49).

Como ejemplo de este hecho, podemos referirnos al delito de encubrimiento, al cual ya hemos hecho referencia con anterioridad (50). Mediante el artículo 243, se busca proteger el bien jurídico patrimonial evitando que el agente continúe, perpetúe el daño ocasionado por el primer delincuente; a la vez que trata de obtener un provecho. En el artículo 332, por el contrario, se trata de proteger el bien jurídico "buena administración de la justicia". El agente actúa **para** entorpecer la acción de la justicia (51). Es de tener en cuenta, por tanto, el fin perseguido para comprender cabalmente el significado de las normas.

La Corte Suprema ha recurrido, sin mucha fortuna, al sentido inmanente del Derecho; en particular, al principio de equidad y proporcionalidad de las penas, en relación a la sanción a imponerse a los reincidentes simples.

El artículo 112 del Código Penal señala que a estos reincidentes se les debe imponer, necesariamente, pena no menor que el máximo señalado para el

45. Ejecutoria del 3 de abril de 1972, inédita, Exp. 1893/71, procede del Cuzco.

46. El profesor Roy freyre no hubiera tenido que preocuparse, de haber tenido en cuenta de este hecho, por "la razón por la que nuestro codificador ha preferido la especie 'perfidia', en lugar del género 'alevosía', expresión que no le es desconocida, puesto que la utiliza en el artículo 174". La utiliza en este artículo porque no hace sino repetir lo estatuido en el artículo 260 del Código penal derogado, de

inspiración española. Ver: *Derecho penal peruano*, T.I, p. 90.

47. Emile Zurcher, *Exposé de motifs de l'avant-projet de 1908*, p. 121.

48. Claude du Pasquier, *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit*, Delachaux-Niestl; Neuchâtel-Paris 1967, p. 189.

49. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 142.

50. Ver *Infra No. 6*: p. 13.

51. Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1963, T.V, p. 249.

delito especial. ¿En los casos en que no se señala el máximo en la disposición especial, se deberá imponer de todas maneras al reincidente el máximo genérico de la pena?

Nuestro máximo tribunal responde afirmativamente, por considerar que no se debería tener en cuenta las circunstancias en que se cometió el hecho juzgado (52). En algunos casos ha estimado por el contrario, que no cabe imponerle el máximo genérico (20 años), "porque ello daría lugar a la imposición de sanciones desproporcionadas a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales del agente (53).

El recurrir a este criterio, si bien significó un medio para evitar la imposición de penas injustamente severas y que corresponde mejor a la concepción original del Código Penal; no era necesario por existir otros criterios muchos más precisos. Pensamos que si desde un comienzo, se hubieran esclarecido las circunstancias en que se elaboró y estructuró el Código Penal, este problema de interpretación hubiese sido correctamente resuelto.

Tomemos un ejemplo. En el **sistema de sanciones penales** de nuestro Código Penal se consideran penas y medidas de seguridad. No se trata de un sistema puramente dualista o monista. Es un sistema mixto, que se inspira en este aspecto en los proyectos suizos. Nos interesa destacar, que en la parte especial nuestro legislador adopta el sistema de los márgenes penales. En muchos casos determina el máximo y el mínimo dentro de los cuales el juez, de acuerdo con el artículo 50, ha de escoger la pena para el autor del delito en particular. En otros casos, se limita a establecer el máximo de la pena sin señalar el mínimo o señala éste último pero no el máximo. En pocos casos, por último, se limita a nombrar simplemente la pena.

El artículo 50 del Código Penal estatuye que "los jueces aplicarán la pena adoptando el máximo señalados por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeran necesaria". Esto significa que en toda disposición de la parte especial se fijan ambos límites. Cuando no han sido establecidos expresamente, es de remitirse a la máxima o mínima de la pena. Esto es admitido, en la actualidad, tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia.

Cuando en el artículo 150 del Código Penal, nuestro legislador establece de que el que matare a otro, intencionalmente, será castigado con una pena de penitenciaría no menor de seis años, significa de

que el máximo será de veinte años. Por el contrario, cuando únicamente señala el máximo se tendrá que entender que el mínimo es en el caso de penitenciaría un año y en el de prisión de dos días.

La aplicación de esta regla presenta dificultades en relación a los casos en que el legislador recurre al sistema de penas paralelas; por ejemplo, en las disposiciones sobre los **delitos contra las comunicaciones públicas** (Título IV de la Sección séptima "Delitos contra la seguridad pública").

Si nosotros consideramos las disposiciones penales pertinentes, notaremos lo siguiente: que según el artículo 268 que prevé el delito de impedir o perturbar la circulación pública, especialmente en vías públicas, cuando es cometido intencionalmente, el actor será reprimido con prisión no mayor de dos años. Esto significa que el límite mínimo que podrá aplicar el juez es de dos días. Pero, el párrafo segundo de dicho dispositivo, establece que la pena será penitenciaría no mayor de diez años, significando con ello que el mínimo será un año. Pero también, se señala "o prisión no menor de seis meses" ¿Cuál es el máximo de esta pena? De acuerdo a la regla general, será de veinte años. Es decir, que el Juez podrá escoger la pena de prisión e imponer una pena mayor de diez años, duración establecida como máxima para la pena de penitenciaría. El problema se complica aún más, si analizamos el párrafo tercero de esta disposición, que señala como pena la de "presión o multa de tres a treinta días si el delincuente hubiere obrado con negligencia". Al decir únicamente prisión, se refiere a la clase de pena, no estableciendo ni mínimo ni máximo. ¿Significa esto que el juez puede tener como márgenes dos días y veinte años? En la jurisprudencia nacional, parece que se tiende a dar una respuesta afirmativa. Esto significa que el juez podría imponer en el caso culposo de este delito una pena mayor

52. Ver ejecutoria del 22 de febrero de 1933, in *Revista de los Tribunales* 1933 p. 8; del 27 de junio de 1946, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1946, p. 540; del 1o. de octubre de 1952 in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 2860; del 22 de noviembre de 1966, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1967, p. 213; del 18 de abril de 1968, in *Anales Judiciales* 1967-68-69, p. 155.

53. Ejecutoria del 21 de abril de 1945, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1945, p. 362. Ver: Ejecutoria del 6 de marzo de 1968, in *El Peruano*, 14 de marzo de 1968.

que para el caso doloso. Esto no concuerda con las otras disposiciones del Código, de las que se deduce que la pena es menor para los casos de comisión culposa. ¿Es que el legislador ha querido considerar algunos casos culpotos que se caracterizan por su gravedad material, y dejar al criterio del juez el imponer penas mucho más severas que en ciertos casos intencionales en que el agente revela quizás menor peligrosidad? Parecería casi insoluble este problema, si es que nosotros nos negáramos a tener presentes "las circunstancias personales y de hecho ligadas a la estructuración de la expresión".

Nosotros sabemos que la influencia más importante que tuvo nuestro legislador al elaborar nuestro Código Penal proviene de la legislación penal suiza; particularmente, de los proyectos de 1916 y 1918. En cuanto a las disposiciones públicas, es de señalar que éstas constituyen una traducción literal de las normas helvéticas y las escalas fijadas son las mismas. El legislador peruano incorporó estas disposiciones tal como figuraban en los proyectos suizos, pero olvidó modificarlos en el aspecto de las penas; modificación necesaria por cuanto no seguía el modelo suizo en relación al sistema general de penas. En nuestro Código Penal, en los artículos 12 y siguientes se señala la pena de reclusión, de prisión (que son las que nos interesan) y se establece como *mínimum* para la penitenciaría un año y como *máximum* veinte; para la prisión, como *mínimum* dos días y como *máximum* veinte años. En los proyectos suizos, por el contrario, no era lo mismo; en éstos se establece una pena semejante a la penitenciaría que es la reclusión con un *mínimum* de un año y un *máximum* de veinte. En cambio en la pena de prisión no sucede lo que se da en nuestro Código, pues el proyecto suizo señala como *mínimum* dos días y como *máximum* tres años, salvo disposición expresa de la ley.

Por esto, cuando los juristas suizos interpretan el artículo 237 de su Código penal —idéntico a nuestro artículo 268— no tienen problemas, ya que en el caso en que se señala únicamente la pena de prisión —como sucede en la forma culpota del delito de impedir o perturbar la circulación pública— no se puede pensar en que la pena será de dos días a veinte años (como entre nosotros), sino sólo de dos días a tres años, conforme a las normas generales. De esta manera existe concordancia entre las escalas de penas correspondientes a las infracciones dolosa y culpota. Nuestro legislador no se percató que el abandonar el modelo suizo al elaborar el sis-

tema general de penas y seguir con las escalas penales en la parte especial, falseó todo el sistema del código.

7. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva.

En casi todos los estudios sobre la interpretación se trata de las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva. Clasificación que según el común de los tratadistas se realiza teniendo en cuenta los resultados obtenidos mediante la interpretación (54).

Se afirma que la interpretación "declarativa" se dirige a explicar el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, especialmente, en este último caso (55). Esta interpretación precisa de entre los varios significados de la expresión, aquél que responde exactamente a la voluntad de la ley (56). Pero, en esto consiste —precisamente— la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta "clase" de interpretación. Con mucha razón, el profesor Jean Graven ha podido decir que la interpretación debe ser únicamente declarativa, "limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica —y asimismo teleológico e histórica— en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular" (57).

Respecto a la interpretación "restrictiva", se dice que es la "que ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso" (58); y, en cuanto a la interpretación "extensiva", que "tie-

54. Ver. Karl Engisch *Introducción al pensamiento jurídico*; Ediciones Guadarrama; Madrid 1967; p. 129 y s.

55. José Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho Privado positivo)*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 259.

56. Luis Bramont Arias, *La ley penal - Curso de Dogmática Jurídica*, Lima 1950, p. 98.

57. *Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation*, in *Revue Pénale Suisse* 1951, p. 411.

58. Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 260.

ne por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir" (59).

Estas definiciones suponen dos factores seguros entre los cuales se hace la confrontación. De un lado, el "significado de las palabras" legales; y, de otro lado, "lo que quiso el legislador decir".

En cuanto al primero, señalemos que el "sentido literal no es una magnitud fija, sino siempre variable" (60). Al tratar de determinar los alcances de las palabras, surgen casi siempre dudas respecto a la llamada "textura abierta del lenguaje" (61).

En relación al segundo, diremos que no se puede saber lo que "quiso decir el legislador" sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, fundamentalmente, el texto mismo de la norma a interpretar. Al pretender oponer la "voluntad del legislador" al "significado de las palabras", se concibe a aquella como algo que es posible de detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación. Ya hemos afirmado que esta pretensión es artificiosa (62). Esto es más evidente en autores como Jiménez de Asúa, que oponen "alcances de las palabras legales" y "espíritu y voluntad del texto" (63).

Siguiendo a Larenz, denominamos **interpretación restrictiva** a la que "limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación" e **interpretación extensiva** a la que comprende "hasta el límite del sentido literal posible, hasta el 'sector marginal'" (64). En el caso del término "matrimonio" empleado en el artículo 214 del Código penal, si se entiende sólo "el matrimonio civil" estamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se entiende "matrimonio civil y religioso", será extensiva (65).

8. Límites de la interpretación: Reducción teleológica y analogía.

La interpretación —para ser consideradas como tal— debe permanecer dentro de los límites del "sentido literal posible" del texto legal. Es decir, hasta el extremo de la zona de penumbra que rodea al núcleo connotativo de la expresión. Los límites de extensión del significado de las palabras no están "predeterminadas" de manera "natural" y "obvia". No se debe olvidar que el contexto en el cual son empleados es el que determinará los alcances de las palabras. El significado de una expresión no es el

resultado de la adición de los significados parciales de los términos empleados (66).

Rebasar el sentido literal posible de la expresión o reducir los alcances del núcleo connotativo no es interpretar la norma. Lo primero, se realiza, generalmente, mediante la "analogía" y, lo segundo, a través de la "reducción teleológica".

Por ejemplo, el artículo 71 del Código penal estatuye que "la obligación de la reparación civil pasa a los herederos del ofensor...". La cabal comprensión del sentido literal posible de esta regla depende, en gran parte, de los alcances que se reconozcan al término "ofensor". El legislador no ha calificado de modo particular este sustantivo, de modo que se refiere de manera general a quien es autor del delito. Sin embargo, la Corte Suprema ha distinguido entre "ofensor o condenado" y "ofensor no condenado". Señalando, primero, en su Ejecutoria del 4 de noviembre de 1936 que en los delitos contra el honor sexual, la obligación de pagar la dote se extingue, si antes de pronunciar sentencia fallece la agraviada, "sólo la reparación civil... es transmisible a los herederos del ofendido" (67). De donde se desprende que se estimó que la obligación de reparar pasa a los herederos aún cuando el ofensor fallecía antes de ser condenado. Criterio distinto sostiene en su ejecutoria del 6 de mayo de 1939, al decir que "la disposición del artículo 71 del Código penal... no puede entenderse sino en el sentido de que éste (el ofensor) fallezca después de condenado y con la obligación preexistente de esa responsabilidad; por lo que si uno de los acusados fallece en el

59. Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 261.

60. Larenz; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 272.
61. Ver: *infra* No. 4; p. 4.

62. Ver: Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 225.

63. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito - Principios de Derecho penal*, 3a. edición, Editorial Hermes, México - Buenos Aires 1959, p. 116-117. Ver: Bramont Arias, quien sigue fielmente a Jiménez, *La ley penal*, p. 94-95.

64. Contra: Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 259.

65. Ver: *supra* No. 7, p. 20

66. Ver: *supra* No. 4

67. In *Revista de los Tribunales* 1936, p. 454; *Revista del Foro* 1936, p. 761.

68. In *Revista de los Tribunales* 1939, p. 242.

curso de la instrucción, no se puede condenar a sus herederos al pago de reparación civil" (68). Esta opinión ha prevalecido en los fallos supremos. Pero, en realidad, aquí no existe sólo una "interpretación restrictiva", sino un caso de "reducción teleológica". El alcance del término legal es disminuido en base al fin o a la conexión de sentido de la disposición (69).

Algo semejante sucede con el párrafo cuarto del **artículo 212 del Código penal**, en el que se señala con relación a la acción penal en caso de adulterio que "tampoco podrá intentarla, si previamente no ha pedido (el cónyuge ofendido) el divorcio por razón de adulterio". El significado de la expresión es de considerar suficiente la interposición de la demanda civil para que proceda la persecución penal. La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, sostiene que es necesaria "la declaración previa del divorcio por la causal de adulterio". De esta manera, restringe los alcances de la disposición. Sin embargo, es imposible considerar que nuestro máximo tribunal llega a esta conclusión pensando que la letra de la norma dice más de lo que el legislador quiso decir. Se trata, en buena cuenta, de una "reducción teleológica" del significado de la disposición. Se ha invocado "un principio de moralidad y justicia" y "el peligro de llegar a conclusiones implicantes y contradictorias", para evitar que se prosigan dos juicios —uno civil y otro penal— en torno a un mismo hecho. El asidero más fuerte para llegar a este resultado de la interpretación ha sido la aplicación del artículo 4o. del Código de Procedimientos Penales, que regula las cuestiones prejudiciales, cuya admisión hacen suspender la prosecución del proceso penal. No se puede pensar en una oposición entre el "sentido literal de la norma" y "la voluntad del legislador" (el profero Bramont habla de "voluntad de la ley"), por cuanto el artículo 212 es, en realidad, una traducción literal del artículo 181 del proyecto suizo de 1918, que era diferente al artículo 138 del anteproyecto de 1908. Esta disposición exigía la "declaración del divorcio". Esta norma debió conocerla nuestro legislador, sin embargo se decidió por el texto del proyecto de 1918 (70). Al menos, es de admitir que el codificador nacional conocía el artículo 268 del Código que derogaba. Según esta norma: "Cuando se siga ante el juez eclesiástico juicio de divorcio por adulterio, no podrá intentarse la acción penal; y aunque se declare el divorcio, habrá necesidad de nuevo juicio ante la autoridad civil, para la aplicación de la pena". Es decir, que la diso-

lución del vínculo matrimonial era indispensable para que proceda la persecución penal.

Se trata, igualmente, de un caso de "reducción teleológica" del texto legal, cuando la Corte Suprema considera que "no constituye reincidencia prevista en el artículo 111 del Código penal, la comisión de un nuevo delito reprimido con pena privativa de la libertad, si la condena anterior suspendió condicionalmente la ejecución de la pena, pero deberá agregarse a la que se impuso en la primera sentencia, la que corresponde al segundo delito conforme al artículo 56 del mismo cuerpo legal" (71). Esta disposición, párrafo 1o. in fine, estatuye que "sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito **conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia**". Los jueces supremos dejan de lado esta frase final, en la que se establece la "**reincidencia ficta o impropia**", como excepción a la regla del artículo 111 que admite la "**reincidencia verdadera o propia**" (72). Es de lamentar que en la Resolución Suprema transcrita, no se hayan expuesto las razones en que fundamentan su decisión los Magistrados supremos. Sería recomendable, de otro lado, que junto a la Resolución Suprema se publique la sentencia del Tribunal Correccional cuya nulidad se reclama; sólo de est manera, las resoluciones supremas cumplirían su rol orientador en relación a los jueces de las instancias inferiores.

Para comprender de qué manera se puede ir más allá del límite extremo del "posible sentido literal del texto legal", veamos el siguiente caso jurisprudencial (73): Juan, mayor de edad, con "el pretexto del juego entre hermanos", venció la resistencia de su hermana de 17 años de edad y le hizo sufrir el acto sexual (74). El Señor Fiscal consideró,

69. Diferente, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 94. Ver: Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, p. 308.

70. El legislador helvético retomó la concepción del anteproyecto de 1908, al elaborar la disposición definitiva del Código penañ; art. 214, pf. 1o.

71. Ejecutoria del 6 de agosto de 1974, in "*El Peruano*", del 14 de agosto de 1974.

72. Ver: José Hurtado Pozo, *La Condena Condicional, in Derecho*, No. 72, 1973, p. 78.

73. In: *Anales Judiciales 1964*, p. 272.

74. Antes del Decreto Ley 20583, la víctima del delito de violación debía ser mayor de 16 años, actualmente el límite es 14 años.

en primer lugar, que es "preciso hacer notar que el Tribunal Correccional sentenciador, discurriendo sobre conceptos estrictamente legalistas, apoyando su decisión sobre la falta de un requisito legal, ha otorgado su absolución al acusado convicto y confeso, lo que constituye un grave error que es urgente enmendar". Luego niega —con razón— que se trata de un delito de seducción, teniendo en cuenta la relación de parentesco existente entre ofensor y víctima (75). Por el contrario, afirma que debe aplicarse el artículo 196 que sanciona a quien haga sufrir el acto sexual a una mujer (fuera de matrimonio), empleando violencia o amenaza grave. Los argumentos que esgrime son:

1. que teniendo en cuenta el grado de educación del autor, "no puede exigirse que haya mediado violencia física, para la comisión de los hechos instruidos, sino que, probada como está la estrecha relación familiar entre acusado y agraviada, tiene que darse por establecido que, el acusado, abusando de su calidad de hermano mayor de la ofendida, venció su resistencia física y moral y la sometió...";
2. el absolver al acusado, "establece un funesto precedente, porque de seguirse apreciando así estos hechos, importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes, y esto no puede ser...";
3. "el hecho cometido... no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada".

Todo el problema se reduce a determinar qué se debe entender por "violencia". Se debe tener en cuenta el contexto en que es utilizada esta palabra. El artículo 196 dice: "Será reprimido con... el que por **violencia** o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio". Es evidente que con el término "violencia", se hace referencia al empleo de la fuerza bruta con el fin de vencer la resistencia de la mujer. Cabría preguntarse, si también se refiere al empleo de la "fuerza moral" (vis compulsiva). Pero, es dudoso que abarque los casos de "abuso de autoridad o del ascendiente que se tiene sobre la víctima". En el con-

texto del artículo 196, no se puede responder afirmativamente a la pregunta, de si el término "violencia" comprende el empleo de la "fuerza moral". Precisamente, porque a ella se refiere la palabra "amenaza", utilizada en el mismo texto. Ahora bien, si la amenaza no es aludida mediante la palabra "violencia", menos lo será "el abuso del ascendiente que se tiene sobre una persona".

De acuerdo al primer argumento del Señor Fiscal, parecería que se trata de una interpretación extensiva. Pero, es evidente de que no se puede admitir que el hecho de que el hermano venza la resistencia de su hermana menor mediante el abuso de su ascendiente sobre ella, pueda ser comprendido dentro del posible sentido literal del texto legal. Sólo violentando el lenguaje podría afirmarse que el acusado ha ejercido "violencia".

Se trata más bien de un ejemplo de cómo se utiliza el razonamiento analógico. El juzgador considerará, primero, que la "violación" (acto descrito en artículo 196) y el "incesto" (no previsto como delito independiente en nuestra legislación) deben ser reprimidos por ser actos que van "contra las bases sustanciales de nuestra organización, socialmente organizada" y "no pueden permanecer impunes". En segundo lugar, que es semejante la situación de hecho; en ambos casos se trata de un acto sexual contra la voluntad del sujeto pasivo. La diferencia radica en que para la "violación" se requiere "violencia o grave amenaza", elemento que no se presenta en el caso juzgado. De esta manera, se aplica una disposición legal a un caso no previsto en ella. Esto constituye una violación del principio de la legalidad.

9. Conclusiones.

En derecho penal la sumisión del juez a la ley, en virtud del principio de la legalidad, es más acentuada que en otros campos del ordenamiento jurídico. Esto no significa que la función judicial sea puramente mecánica; basada en una mera operación lógica: la interpretación. Debido, precisamente, a la naturaleza del lenguaje, al abandono de las fórmulas

75. El Decreto Ley 20583 modifica el artículo 201 en cuanto a la edad y a la agravante. Esta última consiste en la existencia de una relación especial entre el agente y la víctima; por ejemplo, familiar. De modo que el legislador parece admitir que es posible que el padre seduzca a su hija.

casuísticas y al empleo de los denominados "elementos normativos" en la estructuración de las disposiciones legales, el juez —el intérprete en general— goza de mayor libertad con respecto a la ley, y tiene la obligación de esclarecer el significado de su "formulación lingüística". El marco dentro del cual ha de desarrollarse la actividad del intérprete es el "posible sentido literal del texto legal". Este sentido no puede ser obtenido mediante la adición de las significaciones de las palabras empleadas en la formulación de la expresión. Debe tenerse en cuenta, siempre, el sentido de lo que se dice en conjunto (contexto). Ha de recurrirse para su esclarecimiento a las circunstancias personales y de hecho ligadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación; así como a los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión (criterios objetivos y subjetivos).

No es pertinente tratar de contraponer intención y comunicación, voluntad del legislador y voluntad de la ley. Toda tentativa que tienda a su logro se revela artificiosa. Está fuera de lugar, por tanto, plantear el problema de la justeza del resultado de interpretación en relación al descubrimiento de la "voluntad del legislador" o de la determinación del "espíritu o voluntad de la ley". El intér-

prete ha de tratar de calar en el sentido de la disposición, recurriendo a todos los medios necesarios y teniendo en cuenta todos los factores objetivos y subjetivos, contemporáneos a su formulación o presentes al momento de su aplicación. Esto determina que la interpretación sea un acto de cognición y un acto de valoración. El intérprete comprende la proposición jurídica, que es la materialización de toda una tradición cultural. Condicionado por esta tradición realiza sus actividades el intérprete; el juez toma su decisión.

Violentar la significación de las palabras y subsecuentemente de la expresión en su conjunto, implica el empleo de la "analogía" o de la "reducción teleológica". La primera está prohibida en la aplicación de las normas especiales de Derecho penal, ya que el principio de la legalidad impide reprimir un acto que no haya sido previamente regulado como delito en una ley.

El estudio de la interpretación no debe reducirse —como tradicionalmente ha sucedido— a la elaboración de reglas destinadas a orientar la aplicación del Derecho, por esto hemos analizado algunas ejecutorias supremas, a fin de determinar cómo los jueces aplican el Derecho y qué conceptos y métodos manejan.

Lima, setiembre de 1974.