

*¿PALABRAS JUSTAS
PARA UN DERECHO JUSTO?
SOBRE LA INTERDICCIÓN DE LA ANALOGÍA
EN EL DERECHO PENAL*

*Winfried Hassemer**

I. POR QUÉ ES TAN IMPORTANTE EL LENGUAJE PARA EL DERECHO

"Derecho y lenguaje": un tema permanente, del que cambian únicamente los contornos. La razón es muy palmaria. Leyes, concretización de las leyes en la jurisprudencia y la Dogmática jurídica, e interpretación y aplicación de sus textos en las sentencias judiciales y en las críticas sobre estas decisiones: todo ello es lenguaje. Donde acaban las palabras comienza la violencia; y la violencia sólo puede ser detenida mientras actúan las palabras. Cuando el asunto a considerar es –con todo lo que tiene de sobrecogedor– la "ejecución" de las sentencias judiciales, el pensamiento no se debe detener en la pistola del gendarme o las esposas del agente judicial ejecutor: porque es razón esperar que tales decisiones consigan comprensión y acatamiento a través de las palabras.

De aquí que la relación entre Derecho y lenguaje deba ser contemplada externamente desde la perspectiva de la incidencia del Derecho sobre ese mundo al que tiene que enjuiciar y en el

* Traducción de José Zafra.

que ha de poner orden. A lo mismo conduce, al fin y al cabo, la visión del Derecho desde dentro de sí mismo, y en especial por lo que atañe a las pautas directivas establecidas en nuestra Constitución, como medida que es para cualquier otro Derecho. Entre esas pautas, debemos destacar las dos siguientes a propósito de la relación entre Derecho y lenguaje: constancia escrita de las reglas fundamentales, y división de los poderes. Ambas miran a los mismos problemas, si bien desde ángulos diferentes.

1. *La codificación*

Hemos organizado nuestro sistema jurídico mediante codificaciones, es decir, complejos ordenados de normas puestas por escrito; y es a tales complejos a lo que hoy nos referimos cuando decimos "leyes". Ahora bien, ni por motivos históricos ni por la propia naturaleza de las normas es indispensable la codificación. Si nos fijamos sobre todo en los ordenamientos anglo-americanos, advertimos que han podido también organizarse, sin perjuicio de la modernidad ni del ajuste a la idea de Estado de Derecho, como un sistema de *case-law* en que las reglas fundamentales no requieren una previa fijación por escrito, antes bien pueden configurarse paso a paso al decidirse sobre un caso concreto y sus análogos posteriores. Bien es cierto que, según son hoy las cosas, un Derecho puramente casuístico sería tan insuficiente como lo es la codificación para atender a las necesidades de la vida moderna en lo que atañe a la seguridad y la previsibilidad.

Cuando se ha optado por la codificación como manera de organizar las reglas fundamentales, hay que contar con las vastas e ineludibles consecuencias que de ahí resultan para la relevancia jurídica del lenguaje. Ello es así, porque la ley adquiere una función modular incomparablemente superior a la que tiene el

precedente –o sea, las decisiones anteriores sobre casos concretos semejantes– en un sistema jurídico casuístico. No solamente existe con anterioridad a la sentencia, sino que ha sido producida por virtud de unas competencias y según un procedimiento específicos: promulgada en niveles superiores conforme a reglas muy precisas, tras haber sido estudiada puntualmente y adoptada (*de iure*) por los representantes del pueblo. Nada tiene de extraño que, en un ordenamiento organizado de ese modo, todas las decisiones esenciales aparezcan integradas en la "reserva de ley", y que a la ley escrita y regularmente producida se reconozca el valor de módulo capital para la intelección de lo jurídico.

Y es a compás de la ley como el lenguaje recorre su camino. Tribunales, Administración, asociaciones, institutos y ciudadanos particulares, cuando han de preguntarse respecto a lo que rige aquí y ahora como Derecho, necesitan echar mano de la ley, que no es lenguaje únicamente –pues no se diferenciaría del precedente, que es lenguaje también–, sino a la vez el resultado de esfuerzos singulares por lograr exactitud en la expresión, como objeto sobre el cual se han concentrado trabajos muy variados con vistas a imprimir precisión y certidumbre en el tenor literal. Así, la ley se manifiesta como el punto de cristalización de las aportaciones de la Teoría y la Metodología jurídicas, de una parte, y de otra la Dogmática; aparece acompañada de reglas relativas al manejo de las leyes en general, e incluso enriquecida con guías explicativas respecto a su contenido; y es digerida después por la jurisprudencia y por la Dogmática científica en su labor de esclarecimiento y complementación. En suma, sobre su cuerpo se proyecta una suma gigantesca de actividades que giran sobre el significado de sus términos lingüísticos.

2. *La división de poderes*

Practicar la división de poderes, que es uno de los principios medulares del Estado democrático de Derecho, depende en buena parte de que el lenguaje de la ley sea el adecuado para las

relaciones entre el Legislador, de una parte, y de otra los poderes Judicial y Ejecutivo. En el Estado con división de poderes, el Legislativo ostenta *de iure* funciones directivas y de control sobre los otros dos, y las ejerce por medio de las leyes. Respecto a la jurisdicción, es lo que se conoce como "sujeción a la ley", en el sentido de que el juez ha de actuar enteramente sometido a las leyes, sin añadir cosa alguna a su contenido y limitándose a ejecutarlas. Esa vinculación de los órganos judiciales por las leyes está garantizada por la Constitución como factor fundamental.

En el supuesto de que el Legislador, por el motivo que sea, no haya podido expresarse de modo tan preciso que el alcance semántico de los conceptos que utiliza sea claro, los otros dos poderes se ven llevados a ocupar la posición que por virtud del postulado de la división de poderes a él está reservada. En tales circunstancias, la división entre los poderes deja de funcionar, por cuanto sus legítimas facultades respectivas se entremezclan. Uno pisa el terreno del otro, y aun peor: ya no se sabe bien por dónde pasa la línea fronteriza.

Y como quiera que los mojones de esta línea consisten en buena parte en señales lingüísticas, la división de poderes, o su ineffectividad, dependen en cierto grado del lenguaje.

3. *El Derecho moderno*

Si el sistema jurídico de la Sociedad moderna está caracterizado por su capacidad para afrontar problemas complicados y adaptarse flexiblemente a las veloces modificaciones de la realidad, no menos cierto es que tropieza al respecto con serias dificultades. El Legislador es menos rápido que la Jurisdicción o la Administración. De aquí que haya venido a convertirse en un creciente anacronismo esa acomodación del sistema jurídico a los cambios sociales, mediante alteración de las reglas de las leyes,

que es lo que se deduce de la idea de codificación y del principio de división de los poderes. En consecuencia, y dado el hecho de que sea cada vez menos probable esperar del Legislador unas disposiciones claras en un mundo normativamente incierto, es comprensible que ese autor de las leyes confíe cada vez más a los aplicadores de las leyes la tarea de completarlas. Y así, a medida que las leyes van perdiendo nitidez, se hacen mayores los espacios de actuación de los aplicadores.

Como se puede fácilmente comprender, ello tiene consecuencias de importancia para el sistema jurídico y el propio Estado. No entraremos en ellas, porque en nada modifican la significación fundamental del lenguaje para el Derecho. Únicamente sucede que dicha significación adopta otras apariencias. Así, si en otros tiempos los juristas se ocupaban mayormente de la interpretación de las leyes, hoy en día su interés por el lenguaje se proyecta con preferencia sobre el arte de argumentar en relación con los extensos espacios de libre decisión que vienen dados por esas leyes. Y si ayer el esfuerzo de comprensión de los juristas se concentraba sobre la aplicación de las leyes, en nuestro tiempo apunta sobre todo a la eficacia directiva de la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores. En todo caso, no salimos del terreno del lenguaje.

II. POR QUÉ EL LENGUAJE CREA PROBLEMAS ESPECIALES AL DERECHO PENAL

Esa tendencia del Legislador actual a expresarse a menudo sin suficiente claridad, descargando así cada vez más sobre otros hombros la tarea de decidir, repercute variamente y con diversas consecuencias sobre unos y otros campos del Derecho. Algunos de ellos, como el Derecho económico y el fiscal, por su propia naturaleza implican mutabilidad, en tanto que otros, como el Derecho de familia y el penal, propenden en cierto modo a cons-

tituir ordenaciones perpetuas. En contraste con los "perpetuos", los campos jurídicos "móviles" se prestan más fácilmente a la existencia de un Derecho flexible de creación judicial. Mientras los cambios normativos inopinados, frecuentes y sigilosos en los primeros provocan sentimientos de inestabilidad e irritación, en los segundos pueden ser entendidos como señales de actualización y modernidad.

1. *La peligrosidad del Derecho penal*

Siendo como es el campo jurídico donde la duración es mayor, en el Derecho penal las modificaciones de las normas exigen cuidadosa reflexión y proceder calmadamente, así como imprimirles una solemnidad ceremonial o, por lo menos, crear esta apariencia. Ello es así, porque las normas penales son las reglas jurídicas cuya impronta es en nosotros más profunda: por algo los penalistas califican a veces de "mínimo moral" su territorio. Tal sucede aun en el caso de que una norma punitiva se halle muy controvertida. Por ejemplo: la que prohíbe interrumpir un embarazo necesitará para su modificación y aun supresión, según nos muestra la experiencia, que antes haya una dramatización de la que se desprenda esa solemne seriedad que atribuimos a las normas penales.

A ello se añade que el Derecho penal dispone de las sanciones más gravosas para los casos de infracción: privaciones de libertad, multas y otros despojos patrimoniales, tratamientos forzosos, prohibiciones de desplazarse, inhabilitaciones para cargos, pérdida del derecho de sufragio activo o pasivo, todo ello por efecto de un proceso; pero antes, en el curso del procedimiento, prisión provisional, registros, intervención de objetos, escuchas telefónicas y grabación de las conversaciones, pruebas sanguíneas y reconocimientos forzosos en centros hospitalarios. Tales medios son tan peligrosos, que en una Sociedad civilizada es necesario

controlarlos estrictamente y administrarlos con cautela, de modo que no caigan en malas manos y se los aplique prudentemente y con criterios de igualdad y proporcionalidad.

Por influjo principalmente de la filosofía política de la Ilustración, las teorías sobre las penas y el Derecho penal, así como la praxis en los planos legislativo, jurisdiccional y ejecutorio, han dedicado atención a esas particularidades y las han trabajado. En el actual Estado de Derecho, los Derechos penal y procesal penal son medios no solamente para perseguir y aun "combatir" drásticamente la criminalidad, sino a la vez para mejor garantizar los derechos fundamentales de todas cuantas personas resulten implicadas en los conflictos correspondientes, esos conflictos que conciernen a las lesiones peores que se infligen los hombres entre sí. Son los derechos no sólo de las víctimas, sino también de los testigos y las personas sospechosas.

Es además, el penal, un Derecho tutelar para los inculcados, y aun autores comprobados, frente a los "juicios sobre la marcha", las reacciones desmedidas y las condenas precipitadas de las personas circunstantes. Nuestras leyes penales disponen en consecuencia de un completo arsenal de medios defensivos: el derecho a callar; el de negarse a testificar; el de contar con asistencia de letrado, voluntario o de oficio; el de rehusar el juramento; y, complementariamente, los deberes de motivar las sentencias y sujetarlas a recurso, acelerar los procedimientos sin perjuicio para los intereses legítimos de los afectados, evitar condenas desmesuradas, tratar como inocentes a las personas condenadas hasta que haya sentencia firme –por patente que sea su culpabilidad– y resguardarlas de reacciones injuriosas...

2. *El principio de legalidad*

Por el carácter de los bienes que le incumbe proteger, y por la peligrosidad de los instrumentos que al efecto ha de emplear, no

solamente está el Derecho penal muy asociado a los derechos fundamentales de las personas implicadas en los conflictos jurídicos penales, sino a la vez en relación muy especial con el lenguaje. Si, según lo que hemos visto (*supra*, I), el lenguaje proporciona seguridad a los principios del sistema jurídico, se comprende que el rigor que en el Derecho penal ha de resplandecer acentúe la importancia del lenguaje en este campo jurídico.

El Derecho penal no se limita a disciplinar sus rigurosos instrumentos en lo que atañe a unos ciertos principios y posiciones jurídicos —como el principio de proporcionalidad y el derecho a la defensa—, sino que igualmente lo hace respecto al modo de lenguaje que en su ámbito se haya de utilizar. A diferencia de otros campos jurídicos, el penal está sujeto a la necesidad de un cierto modo de expresarse. Así, en la Constitución (art. 103, II de la Ley Fundamental) y en la primera disposición del Código Penal (§ 1) se prescribe lo siguiente: "Ningún acto podrá ser castigado sin que antes de su perpetración se haya dispuesto por ley su punibilidad".

Semejante precepto es entendido por los penalistas de modo diferente al que sugiere su aparente inocencia. Con sorprendente unanimidad, y en concordancia con la larga tradición del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de él extraen las cuatro directrices siguientes para el legislador penal y el juez penal:

— Para el Legislador: que sus disposiciones sean *lex certa*, es decir, formuladas con la mayor precisión posible.

— Para el Legislador y juntamente el juez penal: que las sentencias sólo puedan dictarse aplicando una *lex praevia*, con exclusión de toda retroactividad que perjudique al inculcado.

— Para el órgano judicial: que sus sentencias condenatorias y la determinación de las penas se funden estrictamente en una *lex scripta* —con exclusión del Derecho consuetudinario—, y que en la aplicación jurídica no se proceda por analogía, sino por *lex stricta*, salvo que lo primero beneficie al inculcado.

A todo esto denominan los juristas "principio de legalidad". Confían en que, merced a su observancia, la jurisdicción esté sujeta estrictamente a las leyes; que el proceso de aplicación jurídica sea más diáfano y justificable, y que, por consiguiente, se asegure en el mayor grado posible la previsibilidad de lo dispuesto por las leyes y la posibilidad de fiscalizar las decisiones judiciales.

Más que carácter constitutivo de la justicia penal, la legalidad es su misión y su objetivo. Como tal, es un principio político, polémico y, no sólo susceptible de violación, sino violado de hecho muchas veces y de muchas maneras como muestra la experiencia. Limitémonos a una brevísima alusión al postulado de *lex stricta*, o sea, la exclusión de la analogía.

Este principio de exclusión se muestra en primer plano como mandato dirigido al juez penal, a quien prohíbe condenar o agravar las sanciones punitivas aplicando por analogía lo dispuesto en las leyes. Pero apunta igualmente al contenido de las leyes: porque el peligro de violaciones del principio de exclusión de la analogía será tanto menor cuanto mayores sean el esmero y la claridad de las leyes, ya que habrá mejores posibilidades de, si no evitarlas por completo, detectarlas y corregirlas. En la imagen ideal de una justicia penal que satisface a la idea de Estado de Derecho, Legislador y juez se dan la mano al enlazarse *lex certa* y *lex stricta*.

En esa imagen pueden los ciudadanos advertir con precisión —o por lo menos aprender fácilmente— qué clases de conductas provocarán ciertas reacciones punitivas y determinados procedimientos; y los hombres del Derecho estarán en condiciones de saber exactamente cómo tienen que actuar. Unos y otros podrán hacerse cargo claramente de la práctica jurídica, someterla a control y, dado el caso, corregirla. Los peligrosos instrumentos del Derecho penal se aplicarán de ese modo a su debido tiempo, en la correcta dirección y en la medida justificada: porque se

hallan sujetos a principios cuya mira es garantizar los derechos fundamentales de las personas implicadas.

III. QUÉ SE HACE PARA LOGRAR UN JUSTO LENGUAJE

Se comprende fácilmente que, con arreglo a esa perspectiva, los penalistas científicos y prácticos dirijan sus esfuerzos a crear y asegurar las condiciones necesarias para que, en el actuar jurídico punitivo, haya fidelidad a los principios, diafanidad y controlabilidad. De dos maneras lo procuran: por un lado, en el terreno de la Teoría y la Metodología jurídicas, trazando con visión general una metódica ordenación de las relaciones entre las leyes y los actos de aplicación; por otro, y desde el ángulo de la Dogmática jurídica penal, examinando las especiales propiedades del Derecho penal.

1. *Teoría y Metodología jurídicas*

A pesar de las diferencias existentes entre unos campos jurídicos y otros en lo que atañe a los objetivos y los datos de partida respectivos, los juristas han logrado elaborar un instrumental metodológico de validez general que esté en función de la importancia del lenguaje en el Derecho (*supra*, I). Entre tales instrumentos, sobresalen aquellas directrices de interpretación, escuetas y perentorias, cuyo objetivo es procurar uniformidad en la manera de aplicar las leyes. Helas aquí:

a. "En tu interpretación has de buscar el sentido literal de la ley". Este criterio "gramatical" es consecuencia de que las leyes, a las que el juez está sujeto, son modelos lingüísticos.

b. "Considera el contexto sistemático en que se halla integrada cada norma, proposición o palabra". Este criterio "sistemático" se funda en que el Legislador ha dado un orden más o

menos riguroso a sus preceptos, y que a este orden acompañan a veces instrucciones semánticas.

c. "Atente a la voluntad del Legislador histórico". Este criterio "subjetivo-histórico" es lo mínimo que un Legislador puede exigir del juez que ha de aplicar sus normas.

d. "Pon en contacto con la realidad el sentido de la ley". Este criterio "objetivo-teleológico" es el precepto más delicado para el juez, de quien requiere una "obediencia reflexiva".

e. "En tu interpretación, jamás traspases los límites de la Constitución". La regla es evidente en un ordenamiento jurídico que, si sujeta las leyes a la Constitución, con más motivo ha de sujetar las interpretaciones que se les den.

Estos cánones –que, alcanzan, por supuesto, hasta la idea de interpretar las leyes conforme a la Constitución– tienen reconocida validez desde hace doscientos años, y prometen desde entonces, a quienes los observen, una fiel correspondencia de las leyes con el mundo real hacia el que apuntan. Ahora bien, si tales cánones son viejos, no lo es menos el escepticismo sobre su efectividad. Veamos por qué.

Si bien se mira, se advierte que la praxis interpretativa no se atiene a los criterios enunciados por la Metodología científica. No es porque los quebrante abiertamente –lo cual constituiría un fracaso para la Metodología–, sino porque crea otros. Existe una "teoría de la praxis" que contiene un depósito de reglas informales para la comprensión y la interpretación de las leyes, se cumple en la realidad y, dado el caso, no duda en imponerse. Tal depósito es harto diferente del que ofrece la Metodología.

Ese desvío de la praxis está cargado de razón: porque lo cierto es que los cánones de la Metodología no dan en realidad lo que prometen, antes bien engendran confusión. Veamos. Es un hecho que, si se elige una cierta vía de interpretación –la histórica, p. ej.,– el resultado típico previsible no será el mismo que si se hubiera optado por otra: p. ej., la gramatical. Por tanto, los cánones interpretativos serían de fiar en relación con el resultado

solamente en el supuesto de que existiera una especie de metacanon: una regla que, además de formular y describir los cánones individuales, prescribiera exactamente aquél de ellos que se hubiese de elegir en cada situación. Únicamente así podría estar metódicamente condicionada la conducta interpretativa del juez en el marco de la ley. Pero he aquí que dicho metacanon no existe. En consecuencia, la elección de una vía u otra de interpretación, y el resultado que se siga, son discrecionales desde el punto de vista metodológico. Las reglas de interpretación habrán podido servir como recursos argumentales, pero no como fuentes de Derecho. Son *façons de parler*, teorizaciones del proceso decisorio, pero no factores determinantes de su efectivo desenlace.

Si se acepta esta crítica –y no es fácil que, en el fondo, se la pueda rebatir–, es poca cosa lo que cabe esperar de la Teoría y la Metodología del Derecho en orden al empleo de un lenguaje justo, y por tanto en beneficio del Estado de Derecho bajo el aspecto del enlace entre las leyes y los actos de aplicación. Difícilmente se dejarán atar los jueces por reglas metodológicas; y no nos faltan pruebas al respecto a juzgar por las experiencias que, en diversos contextos sociales y políticos, nos ofrecen los resultados de la jurisprudencia en relación con unos mismos tenores literales de las leyes. No hace falta recordar en tal sentido los efectos extremos a que puede conducir una "interpretación sin fronteras" (Bernd Rüthers) como aquélla de la época nazi. Ayudaremos mucho más a la fructuosa comprensión de nuestro mundo si dedicamos nuestra atención al "perfeccionamiento" finalístico de las leyes por la jurisprudencia, esa labor a que debemos una sensata estrategia de adaptación del trabajoso sistema jurisdiccional a los cambios sociales acelerados, y que, por ello, antes viene estimulada por las leyes que señalada como frontera.

2. Dogmática jurídica penal

Por lo indicado podemos explicarnos que el Derecho penal, como ámbito jurídico especialmente afectado por el lenguaje y la manera de entenderlo (*supra*, II), haya tomado sus propias precauciones con el fin de que un justo lenguaje redunde en un Derecho justo. Vamos a examinar ahora la exclusión de la analogía como elemento central en el principio de legalidad que atañe al juez penal, pero no sin antes efectuar algunas consideraciones incidentales que estimamos de utilidad.

a. *Rectitud y falsación.*— Hoy son bastante escasas nuestras expectativas de que se cumpla el designio "hacia un Derecho justo por un lenguaje justo": porque entender y aplicar debidamente los signos del lenguaje no asegura por sí solo que los frutos sean buenos. Pensar de esta manera tendría resonancias de ese Derecho natural que hace ya mucho tiempo no podemos invocar. Lo natural es hoy, de acuerdo con lo que hemos presenciado y seguimos presenciando, que debemos contar con que lo injusto aparezca revestido de un lenguaje correcto; que las formalidades de las leyes encubran violaciones jurídicas y delitos, no ya por deficiencias de lenguaje, sino por las características del contenido; en suma, que se den leyes injustas. Por tanto, no es verdad que de un lenguaje justo resulte un Derecho justo.

Pero también es cierto que un lenguaje inexacto impide un Derecho justo. Si tenemos en cuenta la grandísima importancia de un lenguaje adecuado para el Derecho en general y el penal en particular (*supra*, I y II), comprenderemos el efecto de falsación a que se puede llegar con el lenguaje en el Derecho. La concordancia de las sentencias judiciales con las leyes pertinentes —es decir, la sujeción efectiva de los jueces a la ley— constituye de por sí un valor jurídico, incluso prescindiendo del contenido. En consecuencia, cualquier pronunciamiento judicial que no se pueda apoyar en una ley no podrá ser justo. Pero aclaremos un punto. La posibilidad de que, ante una ley injusta, pueda

el juez alzarse contra ella legítimamente, porque desobedecerla sea entonces un imperativo jurídico, forma parte de nuestras experiencias normativas; pero ello no contradice el valor que hay en el hecho de que los jueces se sientan vinculados por las leyes al ejercer su ordinaria labor de interpretarlas.

Así, pues, en las tareas de aplicación de las leyes, el lenguaje se comporta como un medio de falsación, y no de verificación. No proporciona rectitud a las conclusiones interpretativas, pero sí da señales de su falsedad en el oficio normal de la jurisdicción punitiva de un Estado de Derecho. Este servicio parece muy menguado cuando se tiene ingenuamente la creencia de que, en la vida del Derecho, sólo existe un resultado correcto que podemos extraer de las leyes mediante subsunción; pero se agranda su importancia cuando advertimos la medida en que el manejo de las leyes por los jueces está sembrado de márgenes de opción, actividades creativas de Derecho y amplitudes de espacio para el juego de opiniones.

b. *Interdicción de la analogía.*— En cuanto suma de comentarios y concretizaciones de las leyes penales en vigor, la Dogmática jurídica penal es una buena ayuda en relación con el principio de exclusión de la analogía.

Al igual que la Teoría y la Metodología jurídicas (*supra*, III, 1), la Dogmática ofrece a los intérpretes de las leyes orientaciones de un nivel de abstracción que se sitúa entre las leyes y los procesos judiciales concretos. En cambio, a diferencia de las reglas interpretativas generales, las recomendaciones de la Dogmática jurídica van emparejadas a cada ley vigente, permanecen con ella y decaen junto a ella. Si, p. ej., el criterio histórico-subjetivo exige interpretar las leyes atendiendo a cada acto de voluntad legislativa, la Dogmática dirá, cuando se enfrente a los preceptos penales relativos al estado de necesidad, en qué consiste, respecto a cada situación particular, esa "agresión antijurídica actual" contra la cual es lícito defenderse. Si se altera la ley, con ella cambiará la parte correspondiente de la Dogmá-

tica, pero sin que caduque ninguna regla general de interpretación.

Pero una y otra fuente de criterios coinciden en procurar que el trabajo jurídico gire sobre la ley, sea diáfano y coherente, y pueda ser controlado. Aunque ninguna de las dos, a diferencia de las leyes, está avalada por la Constitución —que en el Estado con división de poderes establece la sujeción de las funciones jurisdiccionales—, la Dogmática jurídica penal proporciona un caudal extraordinario de informaciones respecto al contenido "verdadero" de los preceptos legislativos. Es tarea de los juristas preparar, mediante comentarios y colecciones de sentencias, ese cúmulo de informaciones, de manera que quienes hayan de adoptar las decisiones encuentren una ayuda en su trabajo. Y, ciertamente, no es fácil que, en la práctica judicial, quienes deciden se arriesguen a razonar y resolver en discrepancia con la "opinión prevalente" o simplemente "dominante".

Se ha venido pensando que la Dogmática jurídica penal, al empalmarse con el principio de exclusión de la analogía, podría garantizar en gran medida una cabal expresión lingüística del Derecho penal. Las mismas glosas y concretizaciones de los textos legales, que esa Dogmática ofrece, estarían ya condicionadas metodológicamente por el principio en cuestión: no ciertamente por virtud del imperativo de sujeción a la ley, sino merced al pragmatismo de una tradición jurídica penal respecto al modo de comprender las leyes.

Hay bastante fundamento para tal impresión. Quienes están familiarizados con la práctica penal conocen bien el resultado a que se puede llegar en cuanto a calificación de las conductas punibles y fijación de las sanciones en caso de condena. La Dogmática penal, alimentada juntamente por la jurisprudencia y por la Ciencia, ha cincelado a lo largo de los años conceptos como "daño patrimonial" en las estafas, y "violencia" en los supuestos de robo, coacción o violación; y, de este modo, ha hecho posible conocer los flancos en que se puede o no se puede

combatir, por dónde sopla el viento en la actualidad y dónde están apostados los batallones más potentes. Nada de esto es poca cosa.

Pero tampoco es todo ello suficiente. Salvo que esté aconsejado o defendido por algún penalista profesional, puede uno hallarse con frecuencia en situaciones donde no sea previsible lo que le espera. Poca ayuda proporciona el Código Penal, precisamente por la labor de construcción y explicación de la Dogmática penal; y, por añadidura, los comentarios no son muy accesibles o comprensibles para un lego. Además, en muchos casos, incluso los expertos se sienten incapaces de pronosticar cómo decidirán los tribunales.

Es fácil que suceda respecto a la graduación de la pena ("¿tres años, o cuatro?; ¿y por qué tanto?"). También es explicable en lo que atañe a la calificación tipológica de la conducta: porque el trabajo de los supremos tribunales de lo penal consiste precisamente en declarar de modo incuestionable, ante los casos particulares, en qué sentido deban entenderse los conceptos de la ley. En buena hora habrán podido los juristas profesionales discutir en cada uno de esos casos sobre el exacto significado de los términos; pero el pobre procesado se enterará de cuál es el correcto cuando su sentencia sea ya cosa juzgada: demasiado tarde.

Desde luego, todo ello podrá ser disculpado diciendo que el lenguaje y el Derecho van al hilo de la vida; que los cambios sociales les exigen acomodarse; que los jueces son hombres y no autómatas, etc. Ahora bien, ante tales argumentos no podrán permanecer tranquilos unos penalistas que son hartos conscientes de la peligrosidad del Derecho penal (*supra*, II, 1), antes bien se sentirán en el deber de procurar esa seguridad en los exactos significados sin la cual el Derecho penal resultaría desvitalizado. Y a ello debe contribuir precisamente el principio de interdicción de la analogía. Merced a él, se deberá conseguir que las personas afectadas por el Derecho penal no tengan que soportar perjuicios inopinados que un hombre razonable jamás habría previsto. No se

puede tolerar que las leyes penales se apliquen por analogía *in malam partem*.

IV. QUÉ HACER PARA ASEGURAR UN LENGUAJE JUSTO

Hasta hoy, la manera mejor de convencerse sobre el valor de tal o cual principio, cuando mira a la tutela de personas, ha consistido en verlo funcionar y calibrar su funcionalidad en la práctica judicial. Hagamos esto ahora.

1. *El universo de los casos*

En este mundo de los casos, la salud del principio de exclusión de la analogía no es muy buena. Como prueba de ello, aquí tenemos unas muestras llamativas de cómo ve las cosas nuestra suprema jurisprudencia penal. Ella nos dice:

- que el ácido clorhídrico diluido es un "arma";
- que administrar un narcótico sin uso de la fuerza constituye un "acto de violencia";
- que sustraer un libro para enseguida devolverlo tras haberlo leído implica una "intención apropiatoria";
- que un automóvil es un "carruaje con tiros";
- que alejarse sin malicia del lugar de un accidente constituye, aunque después se torne a él, una "denegación de auxilio";
- que bloquear un pasaje practicando una sentada es un acto de "violencia".

Son ejemplos triviales, que podría justificar plausiblemente cualquier jurista de lo penal; pero nos sirven bien de luz para alumbrar nuestro problema. Ellos nos muestran cómo están las cosas en la realidad por lo que atañe a la existencia de un seguro lenguaje respecto a la exclusión de la analogía. Digamos de pasada que, si en la práctica penal ordinaria el manejo de las

leyes es aceptable, no lo debemos al principio de exclusión de la analogía. Si éste existe, no está seguramente para los casos normales, sino precisamente para impedir que se produzcan esos otros extremos como los que acabamos de ejemplificar. Hoy el principio en cuestión no rige ya como criterio de beneficio, sino de empeoramiento. Habría debido, en rigor, imposibilitar que se produjeran los casos mencionados.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos cuáles son las condiciones para que el repetido principio sea efectivo en la práctica. Para dar una respuesta, necesitamos poner en claro previamente las dificultades que se oponen a ello.

2. *Causas en contra*

a. *Controversias de juristas; espíritu versus letra.*— Como todo principio jurídico fundamental, el de exclusión de la analogía se halla expuesto —y de aquí viene su problema principal— a las disputas entre juristas profesionales. A pesar de que, respecto a él y su justificación, exista entre ellos un consenso difícil de igualar (*supra*, II, 2), lo que discuten unos y otros es el justo sentido que se le deba reconocer. Así, se entenderá que lo que excluye es

- interpretar extensivamente los preceptos penales (pero sin que se sepa lo que esto quiere decir);
- o ir más allá del espíritu de la ley;
- o desdeñar el significado real de las palabras.

Ya es extraño el hábito común de tratar con independencia la idea de interpretación extensiva y la de espíritu de la ley. Ello se debe a que la vaguedad de estos criterios crearía, entre otras cosas, nuevos problemas de interpretación en vez de asegurar un buen deslinde de los mismos. Además, por lo que se refiere a lo indicado en tercer lugar, nos encontramos con problemas adi-

cionales respecto a lo que haya de entenderse por "significado real de las palabras" y cómo averiguarlo en cada caso particular.

En relación con lo primero, se nos ofrecen las opciones siguientes: lenguaje técnico jurídico, o lenguaje de la calle; significado posible, o real (?) de las palabras; sentido natural (?) de los términos, u otro; sentido del contexto, o de los términos aislados.

Respecto a lo segundo, los penalistas, en cuanto tienen algo que decir sobre las posibilidades de la praxis y la función de la jurisprudencia, coinciden en pensar que la tarea de fijar válidamente la significación de las palabras incumbe únicamente a los jueces que, conforme a la legislación orgánica y procesal, ostenten la competencia. Pero existen algunos tratadistas exigentes que se obstinan en la idea de que, si el juez ha de efectuar una legítima dilucidación de los significados reales de las palabras, en los casos de duda deberá recurrir a los estudios demoscópicos.

Como se ve, los problemas están servidos.

b. *Lenguaje de la calle versus lenguaje de los juristas.*— Si el principio de exclusión de la analogía puede seguir sirviendo —lo cual nadie discute, salvo alguna ocasional matización— al objetivo de proteger a los inculpados contra el riesgo de decisiones inopinadas, el criterio que se haya de seguir para fijar su alcance no podrá ser otro que el lenguaje utilizado por la gente. Sólo él es quien permite formarse expectativas respecto al modo en que los jueces penales llegarán a comportarse.

Ahora bien, es innegable que los penalistas, al igual que los restantes juristas, no se sirven del lenguaje de la calle sino del de su especialidad, que no es idéntico al primero por más que se le aproxime. En consecuencia, sería equivocado construir la interdicción de la analogía recurriendo a una semántica que nada tiene que ver con su terreno de arraigo: el del Derecho penal. Hacer tal cosa no podría sino llevarnos a resultados falsos o impracticables por haber procedido con un falso parámetro.

Hay, por tanto, razones favorables a una y otra alternativa.

c. *Opinión de los jueces versus opinión del pueblo.*— Otro tanto sucede, aunque de modo algo más complejo, en relación con el segundo problema: el de la forma como se deba proceder a fin de averiguar el significado real de las palabras.

Desde una posición teórica rigurosa, podríamos caer en la trampa de creer que el principio de exclusión de la analogía sólo puede vincular a condición de que el juez a quien compete sentenciar no sea también un juez en propia causa; es decir, a condición de que el sentido de las palabras que le haya de servir de guía en su interpretación de la ley le venga dado desde fuera. Por tanto, que quien haya de apreciar el cumplimiento de una interdicción no sea la misma persona a quien este precepto se dirige. De tal modo, el juez que pretendiese dictar una determinada sentencia encontraría un valladar a que debiese atenerse.

Ello sería impracticable, además de incompatible con la idea de Estado de Derecho. Respecto a lo primero, lo peor no son las costas que implicaría una encuesta demoscópica, aunque no se ha de despreciarlas, pues en caso de condena debería correr con ellas el condenado. Lo de más importancia es que, en la práctica, las encuestas demoscópicas pondrían de manifiesto que unos entienden el concepto de una forma y otros de otra —cosa lógica en una situación de duda respecto al modo de interpretar la interdicción de la analogía—, mientras unos terceros ni siquiera llegarían a comprender la pregunta. ¿Cuántas voces favorables serían necesarias para dar por satisfechas las exigencias del proceso? ¿Sería necesaria una cierta proporción de pareceres cualificados en razón de la oriundez, la edad, el grado de instrucción o la nacionalidad? ¿No necesitarían los encuestados conocer los autos del proceso, el fondo del asunto o por lo menos el problema, en lugar de andar a tientas en cuestiones de lenguaje y comprensión, que tanto están ligadas a contextos y situaciones? En caso afirmativo, habría que preguntarse por la persona

encargada de dar la información: ¿el defensor tal vez?; y ¿cómo habría de hacerlo? Y aún podríamos decir más.

Por otra parte, sería discutible la legitimidad constitucional de semejante procedimiento. Es verdad que las sentencias son dictadas "en nombre del pueblo"; pero esto no hace al caso. En la Constitución, la ley orgánica de los tribunales y la de procedimiento penal está muy claro quiénes son las personas llamadas a juzgar en lo penal, los requisitos necesarios y el contexto circunstancial. Tales particularidades normativas pertenecen al marco del Estado de Derecho. Aunque también en el ámbito penal existen jueces legos –los jurados–, no es "el pueblo", y con razón, quien propiamente sentencia. Por consiguiente, ninguna información demoscópica sería vinculante. Sólo el juez competente está llamado a preparar la sentencia, motivarla y hacerse responsable de ella.

Parece, pues, que sólo puede corresponder al juez de cada caso la misión de interpretar la interdicción de la analogía, ese mandato que ha sido establecido justamente para impedir o corregir una sentencia intolerable del mismo juez y en ese mismo caso.

d. *Analogía versus interpretación.*– Las anteriores consideraciones nos ponen en contacto con el núcleo problemático del principio de exclusión de la analogía. En él se manifiestan combinadas nuevamente las cuestiones que ya hemos mencionado: porque ese núcleo problemático resulta del enlace entre interpretación y analogía.

Por virtud del principio de exclusión (*supra*, III, 2, b), se establece una especial relación entre interpretación y analogía. En cuanto tiende a impedir aquellas interpretaciones de las leyes que se aparten en exceso de su tenor literal, distingue interpretación y analogía contraponiéndolas. O dicho exactamente: aplicar la analogía *in malam partem* es una forma de interpretación inadmisibles en el Derecho penal. Si no se hiciese tal diferenciación y contraposición, nuestro principio perdería esa eficacia que de inmediato le atribuimos, a saber: establecer restricciones a la

interpretación en los casos particulares, o denunciar interpretaciones indebidas.

Como es fácil advertir, al asignarle esta función estamos dando por supuesto que la idea de analogía es algo externo respecto a la de interpretación. Pero sucede que tal suposición, por más que la compartan con insistencia comprensible la mayoría de los penalistas, es insostenible: porque toda interpretación implica un juicio de analogía.

En el procedimiento argumental por analogía (*argumentum a similibus ad similia*) de la Metodología jurídica, se comparan dos casos bajo el foco de un tercero (*tertium comparationis*) en que aparece lo esencial de cada uno de aquéllos. Si este *tertium comparationis* presenta igual valor respecto a cada uno de ellos, dentro de un cierto margen de tolerancia, pueden esos dos casos ser considerados semejantes. Y así, p. ej., de la importancia jurídica notoria de uno se podrá deducir *per analogiam* la relevancia jurídica no sabida del otro. Pero si dicho *tertium comparationis* es de valor desigual en relación con uno y otro caso, deberemos proceder por *argumentum e contrario* y tratar de diferente manera el caso extraño y el que ya conocemos.

Actuando de ese modo, ha podido el Tribunal Supremo decidir, p. ej. (*supra*, IV, 1), si apoderarse de madera en un monte y llevársela en un coche particular es un delito de robo simple, o agravado. Como en la ley correspondiente del siglo XIX no se hallaba previsto ese supuesto, sino el empleo de acémilas, embarcaciones o carruajes de tiro, el régimen jurídico previsto para ellos debía dejar abierta la calificación de los robos en los bosques cuando se utilizasen vehículos automóviles. Por ello, el Tribunal necesitaba resolver la cuestión de si el empleo de dicho medio de transporte, no previsto en la ley, constituía igualmente un factor de agravación.

Considerando la circunstancia de que el Legislador no había podido prever el adelanto técnico y darle el tratamiento jurídico adecuado, la sala del Tribunal se preparó con aires escolásticos su

tertium comparationis. Estimó que los tres instrumentos incriminados por la ley tenían en común las propiedades de acelerar la huida con lo robado, facilitar el transporte y lesionar más seriamente el monte bajo. Y como estas cualidades coincidían también en el empleo del automóvil por el bosque, llegó a la conclusión jurídica de que, al quedar abarcado por el *tertium comparationis*, ese medio de transporte debería ser entendido como "carruaje con tiros", apreciado por ello como factor de cualificación, y motivar por consiguiente una condena por delito grave de robo.

Pero ¡qué ven nuestros ojos!: un ejemplo académico de esa analogía prohibida por el Derecho penal, sin que la sala dedique una palabra siquiera al art. 103-II de la Ley Fundamental y el § 1 del Código Penal, donde aparece formulada tal interdicción. Mas lo peor no es esto, sino que el máximo tribunal alemán de lo penal no haya advertido en absoluto el patinazo que ha dado.

Si convertimos en reflexión la energía de nuestra indignación o sorpresa frente a tamaño pronunciamiento judicial, nos servirá para entender la relación entre analogía e interpretación de las leyes. Indignación o sorpresa nos produce el solo hecho de que, siendo un automóvil y un carruaje con tiros tan dispares semánticamente, no haya tenido inconveniente el Tribunal Supremo en igualarlos *in malam partem*. Y lo mismo ha de ocurrir ante otros casos de la práctica como éstos: considerar como "utensilio peligroso" un zapato claveteado o el puño de un boxeador aficionado; ver en una fotocopia sin legalizar un "documento", o apreciar "alevosía" en el hecho de matar a otra persona que duerme plácidamente. ¿En qué se diferencian estos casos de la historia del "carruaje con tiros"? En nada, salvo el grado de distancia semántica entre el caso y la letra de la ley con arreglo a la noción que se suponga tiene del lenguaje la mayoría de la gente.

En suma, toda interpretación o comprensión del texto de una ley se basa en el supuesto de que el caso a la vista puede ser

comparado con otros que, bien sean imaginarios o resueltos por un juez, han de considerarse como "casos de esta ley". No existe, pues, interpretación en la que no aparezca un *tertium comparationis*, sea cualquiera su entidad y sin que importen los efectos que se hayan de producir.

V. COROLARIOS

Ha desaparecido, por tanto, la posibilidad de utilizar la interdicción de la analogía como límite de la interpretación. No existe ahí, como algo "dado", dicho límite, sino que es el propio juez quien puede optar por él y señalarlo. Extramuros de la propia actividad interpretativa no existe prohibición que a ella se refiera. Quienes, como el autor de estas líneas, critican a la jurisprudencia por haberse excedido en ciertos casos, no pretenden sino exponer el contraste entre su modo de entender una interpretación que sea fiel al texto y la idea que otros tengan de lo mismo. Lo que se denomina interdicción de la analogía no es un límite seguro a la interpretación, ni garantiza fiablemente posiciones jurídicas. No pasa de ser un recurso argumental. Bien; pero preguntémosnos ahora si puede ser suficiente ante la peligrosidad (*supra*, II, 1) característica del Derecho penal.

Hemos de contentarnos con él, porque otra cosa no tenemos. A la larga, podemos encontrarlo satisfactorio si tenemos idea clara de los problemas que entraña asegurar un lenguaje cabal en el Derecho, y si, partiendo de esta realidad, nos procuramos ayudas en la debida dirección.

Sólo un juridicismo más o menos anquilosado, a diferencia de un buen conocimiento de lingüística, podría dar en pensar en la existencia de límites abstractos para el decir y el entender que sean exteriores al lenguaje y a la comprensión. Al realizar sus interpretaciones de las leyes, los jueces efectúan un acto de comprensión sobre los textos, con todo lo que ello tiene de

insuficiencia, prevención, subjetivismo, habituación rutinaria y espontaneidad, a semejanza de cualquier otro modo del entender. Por tal motivo, la bondad no puede ser cifrada en valladares de palabras, pues la práctica enseña y la teoría vislumbra que, a fin de cuentas, nada logran detener. La solución para los males sólo puede residir en una buena organización y formación de quienes han de administrar la justicia. Gracias a ello, se dará efectividad al principio de exclusión de la analogía porque se tenga conciencia de su valor para la praxis de un Estado de Derecho.

Al emitir sus decisiones, el autor de las leyes las ha puesto entre las manos de los jueces, a la vez que ante los ojos de la crítica. En el caso de que advierta que los jueces las llevan por caminos diferentes de los que habrían sido pensados, hallará la solución extrema reformándolas; pero las modificaciones caerán a su vez en los dominios de la interpretación jurisprudencial. En lo que atañe a la exclusión de la analogía, como acerca de cualquier otro principio jurídico basilar, la cosa no varía. Cuando no existan las bases culturales necesarias para unas equilibradas relaciones entre legislación y jurisdicción, no podrán éstas ser establecidas con recursos lingüísticos, por bien intencionados que sean y efectivos que parezcan.

Junto a una buena formación y selección de los juristas, orientada por la idea del Estado de Derecho, la efectiva observancia del principio de exclusión de la analogía requerirá sobre todo estas dos circunstancias que se dan en cierto grado entre nuestros órganos judiciales de lo penal: que la jurisdicción se constituya como un sistema transparente, y que sus decisiones sean acompañadas por la crítica.

Carece de fundamento la aprensión de quienes temen que, por estar entre las manos de los jueces el principio de exclusión de la analogía, podrían algunos de ellos, con visión subjetivista, llegar a decisiones imprevisibles e irremediables en perjuicio de los inculpadados. Decir esto es ignorar que, en sus modernas texturas, la organización judicial es un complejo sistema de

informaciones, controles y rectificaciones recíprocos. En la práctica, la jurisdicción está de hecho más "sujeta" a sí misma que a las leyes: los órganos de instancia lo están a los superiores respecto a cada caso, y todos ellos se sienten vinculados por la "opinión dominante" o por las propias tradiciones de cada tribunal. Estas vinculaciones son las más de las veces de carácter informal, mas no por ello menos eficaces, pues previenen por lo común pronunciamientos aventurados.

Pero hay también inconvenientes no menos manifiestos, que provienen de la opacidad de ese complejo sistema para los ojos de los extraños. Frente a tales dificultades, las mejores soluciones estriban a la larga en los recursos "débiles" que, respecto a las interioridades del mundo judicial, vengan proporcionados por unas buenas informaciones a cargo de los medios de comunicación y las personas versadas en Derecho.

Buen remedio contra las violaciones del Derecho por parte de los jueces ha de ser siempre el juicio crítico de un público atento, interesado y bien impuesto. Por imperio de la Constitución, las principales operaciones de la jurisdicción han de ser públicas; pero esta directriz será eficaz ayuda únicamente si los ojos del público nunca pierden de vista lo que ocurre en el mundo judicial.

En conclusión: que la virtualidad del principio de exclusión de la analogía reside en su vigor como recurso argumental. Por medio de él, combatiremos en pro de que el intérprete de la ley se atenga en todo lo posible a los tenores formulados por el Legislador; que considere razonadamente las significaciones ordinarias y jurídicas de las palabras; que se abstenga de sortear los límites taxativos contenidos en el texto invocando para ello un discordante "espíritu de la ley"; y sobre todo que, cuando exista un claro riesgo de que la interdicción pudiese resultar vulnerada, no dude en reconocerla con franqueza.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, J. (1958), "Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht", en *Monatschrift für deutsches Rechts*, 1958, pp. 394-398.
- HASSEMER, W. (1981), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 27, v, Munich (2ª edic., 1990).
- JOST, A. (1950), "Zum Analogieverbot im Strafrecht", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, t. 65, pp. 358-370.
- KAUFMANN, A. (1965), *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag der Lehre vom Typus*, Juristische Studiengesellschaft, Karlsruhe (2ª edic., Heidelberg, 1982).
- NAUCKE, W. (1981), "Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbot 1935", en *NS-Recht in historischer Perspektive* (Coloquios del Institut für Zeitgeschichte), Munich, 1981.
- NEUMANN, U. (1976), "Der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH", en NEUMANN/RAHLF/v. SAVIGNY (edits.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Munich, 1976, pp. 42-60.
- PRIESTER, J.-M. (1976), "Zum Analogie im Strafrecht", en KOCH (edit.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg, 1976, pp. 155-186.
- RANSIEK, A. (1989), *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmungsgebot*, Heidelberg, 1989.
- RÜTHERS, B. (1968), *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Heidelberg, 1968 (2ª edic., 1991).
- SCHICK, B. (1991), "Bestimmungsgebot und Analogieverbot", en Heinz MEYER (edit.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis.-Festschrift für Robert Walter*, Viena, 1991, pp. 625-649.
- VELTEN, P./MERTENS, O. (1990), "Zur Kritik des grenzenlosen Verstehens. Grund und Umfang der Wortsinnbindung im Strafrecht", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1990, pp. 516-543.
- YI, S. D. (1991), *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot*, Frankfurt, 1991.

