



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

**TESIS PREVIO A OPTAR POR
EL GRADO DE MAGISTER EN
CIENCIAS PENALES.**

Título:

**“LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL
A PARTIR Y DESDE LA CONSTITUCIÓN EN
ECUADOR. UN IMPERATIVO PARA LA
DOCTRINA Y LA PRACTICA JURIDICA”**

AUTOR:

DR. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIERREZ

DIRECTOR:

DR. LENIN CABRERA ARBOLEDA MG. SC.

LOJA – ECUADOR

2012

AUTORIZACIÓN

Dr. Lenin Cabrera Arboleda Mg. Sc.
**DOCENTE DE LA CARRERA DE
DERECHO DEL AREA JURIDICA SOCIAL
Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICA:

Que la presente tesis de Maestría en Ciencias Penales titulada: **“LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL A PARTIR Y DESDE LA CONSTITUCIÓN EN ECUADOR. UN IMPERATIVO PARA LA DOCTRINA Y PRÁCTICA JURÍDICA”**. Elaborado por el Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez, ha sido desarrollada bajo mi dirección, por lo que luego de haber cumplido con los requisitos de fondo y de forma exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, se autoriza su presentación al respectivo tribunal para los fines pertinentes.

Loja abril de 2012

Dr. Lenin Cabrera Arboleda Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Las ideas y criterios expresados en la presente tesis, son de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor de la misma; excepto los conceptos y citas textuales obtenidos de la bibliografía consultada y que es referida mediante citas bibliográficas.

Loja enero de 2012

F_____

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de infinita gratitud a la Universidad Nacional de Loja, y especialmente al Nivel de Postgrado del Área jurídica Social y Administrativa, en la persona de dignas autoridades.

Manifiesto también nuestra infinita gratitud a todos y cada uno de los docentes que con mucho cariño han contribuido en nuestra formación de cuarto Nivel en el campo de las Ciencias Penales. De manera especial agradezco al Dr. Lenin Cabrera Arboleda, magnifico maestro, gran amigo y elevado ser humano, que con singular entrega y absoluta calidad académico ejerciera la dirección de la presente tesis.

Nuestra eterna gratitud para todos los que de alguna forma contribuyeron conmigo para cursar de la Maestría en Ciencias Penales

El autor

DEDICATORIA

A mi esposa, a mis hijos, a mis padres y amigos por ser puntal indefectible de nuestro triunfo, y refugio infalible en las derrotas

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

ESQUEMA DE CONTENIDOS

1. RESUMEN

2. INTRODUCCION

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1 LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. PRECISIONES NECESARIAS

3.1.1. La Interpretación Judicial. Su definición y Trascendencia para el Derecho

3.1.2. Corrientes Históricas acerca de la Interpretación del Derecho

3.1.3. La Interpretación y la aplicación del Derecho: una relación indisoluble

3.1.4. El Intérprete Jurídico. Un elemento esencial

3.1.5. Clases y Métodos de Interpretación Jurídica: herramientas para su realización

3.1.5.1 Clases de Interpretación Jurídica

3.1.5.2 Métodos de Interpretación Jurídica

3.1.6. La Analogía: consecuencias de las lagunas del Derecho

3.1.7. La Argumentación Jurídica como discurso racional. Modelos históricos de la Interpretación Jurídica.

3.2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. NECESIDAD Y EXIGENCIA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

3.2.1. Origen y rasgos esenciales de la Interpretación Constitucional

- 3.2.2. Interpretación Jurídica y la Interpretación Constitucional ¿igual o diferente?
- 3.2.3. Elementos de distinción de las normas constitucionales
- 3.2.4. Ventajas y necesidades de la Interpretación Constitucional. Sus deferencias con la interpretación desde la Constitución.
- 3.2.5. Definición entre valores y principios constitucionales. Peculiaridades de su interpretación.
- 3.2.6. Elementos del Proceso interpretativo de la Constitución: principios, parámetros, límites e instrumentos.
- 3.2.7. El Interprete Constitucional
 - 3.2.7.1. Los Interpretes de la Constitución
 - 3.2.7.2. Interpretes desde o conforme a la Constitución
- 3.2.8. Clases de Interpretación Constitucional.
- 3.2.9. Métodos de la Interpretación Constitucional.
- 3.2.10. La Interpretación Constitucional a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
 - 3.2.10.1. La Interpretación Constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008.
 - 3.2.10.2. El Interprete de la Constitución ecuatoriana

3.3.COSTITUCIÓN-LEY PENAL: UN BINOMIO DESDE ECUADOR

- 3.3.1. La interpretación en el Derecho Penal. Cuestiones Generales.
- 3.3.2. El lusPuniendi: la dicotomía entre facultad-limites
- 3.3.3. Bienes Jurídicos: ¿un concepto sociológico o jurídico?

- 3.3.4. Los bienes jurídicos penales. Su expresión en la Constitución
- 3.3.5. Clasificación de los bienes jurídicos
- 3.3.6. Los bienes jurídicos en el Derecho Penal de riesgo
- 3.3.7. Principio de lesividad o de protección al bien jurídico. Criterio rector de la interpretación de las normas.
- 3.3.8. Constitución y bienes jurídicos penales desde la realidad jurídica ecuatoriana.
- 3.3.9. Puntos referenciales para interpretar las normas penales a partir y desde la Constitucional ecuatoriana de 2008 por los operadores de justicia, en especial los jueces

4. Materiales y Métodos.

- 4.1. Materiales utilizados
- 4.2. Métodos
- 4.3. Procedimientos y Técnicas

5. Resultados.

- 5.1. Resultados de las Encuestas

6. Discusión.

- 6.1. Verificación de Objetivos
- 6.2. Contrastación de hipótesis

7. Conclusiones

8. Recomendaciones

Propuesta Jurídica

9. Bibliografía

10. Anexos

Índice

TÍTULO

**“La Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la
Constitución en Ecuador. Un imperativo para la doctrina
y práctica jurídica”**

1.-RESUMEN

La Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la Constitución tiene como fin que los operadores jurídicos, en este caso penalistas, penetren en la Carta Magna, partan de esta, de sus principios, valores, derechos, garantías, para interpretar la ley penal; dotando así a sus sentencias, a sus conclusiones provisionales de mayor seguridad jurídica; ya que es la Constitución la norma fundamental, que informa a todo el orden jurídico y regula todas las esferas de la sociedad; lo cual la convierte en la primera fuente que debe recurrirse por el operador jurídico para hallar respuestas a los casos concretos que se le presenten.

En nuestro país, tanto en la doctrina como en la práctica, la Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la Constitución puede calificarse como inexistente, nuestros jueces cuando interpretan y aplican la norma penal no tienen en cuenta los preceptos constitucionales; lo que nos llevó a trazarnos como objetivo general fundamental, a partir de una sistematización doctrinal, histórica y comparada, un conjunto de puntos referenciales que coadyuven a la Interpretación de la Ley Penal en Ecuatoriana a partir y desde la Constitución de 2008, en aras de perfeccionar la actividad judicial ecuatoriano. A esos efectos, nuestra investigación ha sido estructurada en tres partes, el primero referido a la Interpretación del Derecho; el segundo a la Interpretación Constitucional, analizada en la doctrina y en nuestro país; y el tercero aborda la relación Constitución-

Ley Penal desde la realidad jurídica ecuatoriana. Esta investigación cuenta además con conclusiones, recomendaciones y anexos.

Fueron utilizados como métodos de investigación: el histórico lógico, el jurídico comparado, el exegético analítico, el análisis, la síntesis, la inducción y deducción. Como técnicas de investigación se emplearon el análisis de documentos, amparado en la metodología cuantitativa-cualitativa; la revisión bibliográfica y la encuesta.

Como principales resultados obtuvimos un conjunto de puntos referenciales para interpretar las normas penales a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008, y recomendaciones dirigidas al perfeccionamiento de las normas jurídicas que regulan lo referido a los bienes jurídicos, a la interpretación constitucional y de las normas penales.

ABSTRACT

Interpretation of the Criminal Law from and since the Constitution aims to legal operators, in this case criminal from entering the Constitution, departing from this, its principles, values, rights, warrants, to interpret the criminal law , thus giving their judgments, their provisional findings of increased legal certainty, since the Constitution is the fundamental rule, which informs all the legal and regulates all spheres of society, making it the first source should be used by the legal practitioner to find answers to specific cases before it. In our country, both in doctrine and in practice, the Interpretation of the Criminal Law from and since the Constitution can be classified as non-existent, our judges when they interpret and apply the criminal law do not take into account the constitutional, what we was generally set ourselves the objective base, from a systematic doctrinal, historical and comparative, a set of reference points that contribute to the interpretation of the Criminal Law from Ecuador and from the 2008 Constitution, in order to improve the activity Ecuadorian court. To this end, our research has been structured into three parts, the first refers to the interpretation of the law, the second to the Constitutional Interpretation, discussed in the literature and in our country, and the third deals with the relationship Constitution, Criminal Law from the Ecuadorian legal reality. This research also has conclusions, recommendations and annexes.

Were used as research methods: the historical logic, legal compared the analytical exegesis, analysis, synthesis, induction and deduction. As research techniques using analysis of documents, protected by the quantitative-qualitative methodology, the literature review and survey. As main results we obtained a set of reference points to interpret the criminal laws from the Ecuadorian Constitution and since 2008, and recommendations for the improvement of the legal rules governing the referral to the legal, constitutional and the interpretation of the rules criminal.

2. INTRODUCCIÒN

Introducción

Históricamente el Derecho Penal, en tanto forma jurídica del poder punitivo del Estado, hasta antes de la Ilustración era visto como un poder puramente represivo, arbitrario, expansivo; frente a esto surge la idea de que el Derecho Penal debe estar sometido a una serie de principios, capaces de frenar y contener los abusos provenientes del poder del Estado, delimitando el derecho que este tiene de castigar y poniéndolo al servicio del ciudadano.

Ahora bien, el Derecho Penal no se presenta alejado de las demás ramas del saber jurídico, sino que inexorablemente va relacionado con estas. Así, se genera en particular una relación inseparable entre la Constitución y el Derecho Penal.

La Constitución contiene preceptos dispositivos, que directa o indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo. Por esto, al estar conformada la norma fundamental de valores, principios, derechos, garantías y normas de organización estatal, hacen que no pueda interpretarse el Derecho Penal de una forma fraccionada o aislada, sino en orden sistemático con el fin de dotar de significado a sus preceptos.

Al abordar el tema de la legitimación del Derecho Penal, JAKOBS afirma que: "El Derecho Penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la

forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social, así como las normas, especialmente las jurídico - constitucionales"¹.

Los principios constitucionales del Derecho Penal, pueden ser denominados en sentido general como: programa penal de la Constitución, esto es: "el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar"².

Un lugar importante dentro de las Ciencias Jurídicas y en especial las Ciencias Penales, como vemos, lo tienen los principios, que pueden y deben ser recurridos y aplicados directamente en una correcta interpretación de las leyes. Al igual que el principio de legalidad, el principio de lesividad al bien jurídico actúa sobre todas las cosas como límites al *iuspuniendi*.

Justamente, la principal función que debe cumplir el Derecho Penal es la protección o amparo de bienes jurídicos pertenecientes al ciudadano o la colectividad. Esto se traduce en que en la sociedad el Derecho Penal en general y el Derecho Penal en particular, tienen como misión primera la

¹JAKOBS, Günther: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo, Universidad de Extremadura, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid. 1995, pp. 44 y 45.

²BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis: Manual de Derecho Penal. Parte General. Instrumentos y principios básicos. Barcelona, Ed. Praxis, 1994, p. 42.

defensa de los intereses que una vez asumidos por el ordenamiento jurídico se denominan bienes jurídicos.

Este principio está relacionado con la tutelaridad que reciben los bienes jurídicos de interés para el Derecho Penal, como última salida que debe aplicarse para la protección de estos bienes y la solución de los problemas; es decir, no todo debe ni puede solucionarse por medio de los recursos de este Derecho: deben ser agotadas todas las vías posibles antes de invocar las normas de Derecho Penal (última ratio).

Debido a la naturaleza de la intervención penal siempre ha existido la preocupación de establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado a la búsqueda de justificación de la pena. La figura del bien jurídico se alza como elemento principal a tener en cuenta a la hora de aplicar o no el Derecho Penal, pero aparejado a esto hay que entrar a valorar cuál bien hemos de considerar como bien jurídico y, dentro de estos, cuáles merecen tutela penal.

El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta cometida en el seno de la sociedad es de interés o tiene significación jurídico-penal, es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate.

Precisamente, los bienes jurídicos penales deben emanar de la Constitución, la cual es la única que posee fuerza vinculante capaz, dentro del ordenamiento jurídico, para convertirse en el único punto de mira que debe

tener el legislador a la hora de conformar los bienes jurídicos penales, independientemente de que a pesar de estar elevados a la categoría de bienes los postulados considerados por la Constitución, no todos merecen protección mediante las normas jurídicas penales, ni mucho menos todos los ataques que pueden sufrir estos bienes deberán ser reprimidos por el Derecho Penal.

La Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la Constitución tiene como fin que los operadores jurídicos, en esta caso penalistas, penetren en la Carta Magna, partan de esta, de sus principios, valores, derechos, garantías, para interpretar la ley penal, dotando así a sus sentencias, a sus conclusiones provisionales de mayor seguridad jurídica; ya que es la Constitución la norma fundamental, que está ubicada en la cúspide de la pirámide jurídica, por lo que informa a todo el orden jurídico y regula todas las esferas de la sociedad, lo cual la convierte en la primera fuente que debe recurrirse por el operador jurídico para hallar respuestas a los casos concretos que se le presenten.

En la práctica ecuatoriana existen dificultades en cuanto a interpretar la Ley Penal a partir y desde la Constitución, nuestros jueces cuando interpretan y aplican la norma penal no tienen en cuenta los valores, principios, derechos, deberes, garantías que regula nuestra Carta Magna; muchos de estos valores, derechos que reconoce la Ley Fundamental son considerados bienes jurídicos merecedores de tutela penal y, ni aun así, es tenida en cuenta la Carta Magna por estos operadores del Derecho. Por eso, nos hemos planteado el siguiente **Problema Científico**: Ausencia de un

desarrollo doctrinal y práctico, que permita una práctica adecuada de la Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008.

Para el logro de esta investigación nos propusimos el siguiente **Objetivo General**: Fundamentar, a partir de una sistematización doctrinal, histórica y comparada, un conjunto de puntos referenciales que coadyuven a la Interpretación de la Ley Penal en Ecuador a partir y desde la Constitución de 2008, en aras de perfeccionar la actividad judicial ecuatoriana.

Como **Objetivos Específicos** nos trazamos los siguientes:

1. Fundamentar la necesidad e importancia de una adecuada interpretación de las normas para la aplicación del Derecho, haciendo referencia a las principales posiciones doctrinales en torno a la Interpretación Jurídica, sus métodos y clases.
2. Valorar, a partir de un análisis doctrinal, la trascendencia de la Interpretación Constitucional y la necesidad de una práctica adecuada de esta institución en nuestro país.
3. Argumentar la necesaria correlación entre Constitución, normas penales y bienes jurídicos como punto de partida para fundamentar la importancia de interpretar la Ley Penal en Ecuador, a partir y desde el contenido y la esencia de la Constitución ecuatoriana de 2008.

El **Objeto de Estudio** de la presente investigación es la Interpretación en el Derecho, y su **Campo de Acción** es la Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la Constitución.

Los métodos de investigación empleados fueron el *histórico lógico*, que permitió conocer la evolución de la Interpretación Jurídica, de la Interpretación Constitucional y las corrientes históricas que explican qué entender por bienes jurídicos; *el jurídico comparado*, el cual possibilitó el estudio de las instituciones analizadas en este trabajo, en las Constituciones y Códigos Penales vigentes, que fueron seleccionados teniendo en cuenta dos criterios fundamentales: desarrollo que ha alcanzado la doctrina y la dogmática, atendiendo a esto fue escogida Italia; un segundo argumento vinculado a los nexos históricos y jurídicos de esos países con Ecuador, en tal sentido se incluyen: España, Venezuela, Cuba y Perú. Los extremos indicativos a comparar son: órgano facultado para interpretar la Constitución, en este sentido se analizaron los países de Venezuela y España; regulación del principio de lesividad o protección al bien jurídico en la Constitución y en el Código Penal, para eso fueron estudiados los países de Italia y Perú; reconocimiento en las Constituciones de Venezuela, España y Cuba de aquellos derechos que constituyen bienes jurídicos penales, y no están regulados en nuestra Constitución. Se utilizó, además, el método *exegético analítico* que fue necesario para el examen de todos los textos legales incluidos en la investigación, y en específico las regulaciones vigentes en Ecuador que contienen aspectos relacionados con la interpretación constitucional, los bienes jurídicos regulados en el Código Penal y la consagración de los bienes jurídicos penales en nuestra Constitución. Fueron usados también los métodos generales de las Ciencias, tales como el *análisis, síntesis; la inducción, deducción*, que se emplearon durante toda

la investigación y posibilitaron una valoración teórica de la institución y la conformación de puntos referenciales, para interpretar las normas penales a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008 por los operadores jurídicos, principalmente los jueces.

Se usó el método sociológico, específicamente apoyado en la técnica de la *entrevista* enfocada y semiestructurada, pues si bien se contaron con puntos para la búsqueda de información daba la posibilidad de que no fuera cerrada. Fueron seleccionados 30 juristas, divididos de la siguiente forma: 5 profesores, 12 jueces, 8 abogados y 5 fiscales. La selección de juristas encuestados partió del criterio que ha estado vinculados a la profesión por más de 10 años.

La investigación se estructura en tres partes, el primero está dedicado a la Interpretación del Derecho, su origen, definiciones dadas por disímiles autores acerca de qué entender por interpretación, su relación indisoluble con la aplicación del Derecho, los intérpretes jurídicos, las clases y métodos de la interpretación.

El segundo parte aborda lo relacionado con la Interpretación Constitucional, su autonomía e importancia, sus diferencias con la interpretación desde la Constitución, los principios, instrumentos, parámetros, los métodos y las clases de la interpretación constitucional; y las cualidades de los sujetos que la realizarán, o sea, de los intérpretes constitucionales; se realiza, además, un estudio de la Interpretación Constitucional en Ecuador, deteniéndonos en cómo se comporta está en la actualidad, y enfatizando en la necesidad del aumento de su práctica.

El tercer parte centra su análisis en los principios limitativos del *ius puniendi*, valorándose con mayor profundidad el principio de lesividad o protección al bien jurídico, por ser el criterio rector de la interpretación de las normas penales, las diversas teorías que explican qué entender por bien jurídico y la situación actual existente en nuestro país acerca de la regulación de los bienes jurídicos penales y de su consagración en la Constitución ecuatoriana, y la interpretación de las normas penales a partir y desde la Constitución, todo lo que nos permitió trazar puntos referenciales para que se interprete la Ley Penal conforme a la Constitución por los operadores jurídicos, principalmente los jueces.

Al revisar si este tema ha sido tratado anteriormente en la doctrina ecuatoriana, constatamos que existe escasez de investigaciones al respecto. En lo referido al tema de los bienes jurídicos, que es otro tópico que abordamos en nuestra investigación, el profesor RENÉN QUIRÓS, en su libro Manual de Derecho Penal, hace referencia a las teorías relativas al bien jurídico, su concepto, clasificación, entre otros elementos, y la tesis de especialidad del autor GUILLERMO MORA GALÁN, titulada: El principio de ofensividad al bien jurídico en el Derecho Penal. La mayor parte de la bibliografía consultada fue la de autores extranjeros. En cuanto a la Interpretación de la Ley Penal a partir y desde la Constitución no existe ninguna investigación al respecto.

Constituyen los principales resultados de esta investigación, los siguientes:

- Estudio teórico-doctrinal de los principales elementos de la Interpretación del Derecho.

- Sistematización de los presupuestos conformadores de la Interpretación Constitucional.
- Puntos referenciales para interpretar las normas penales a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008.
- Recomendaciones dirigidas al perfeccionamiento de las normas jurídicas que regulan lo referido a los bienes jurídicos, y a la interpretación constitucional y de las normas penales.
- Material bibliográfico actualizado contentivo de la más moderna doctrina foránea y nacional sobre el tema.

La actualidad de esta investigación se manifiesta, en la necesidad de resolver la situación que existe en nuestro país acerca de la interpretación de las normas penales de conformidad con la Constitución, logrando de esta manera que se le reconozca a la Constitución la fuerza normativa y el carácter vinculante de sus preceptos.

3. REVISIÓN DE LITERATURA

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. PRECISIONES NECESARIAS

Para comprender el tema que nos ocupa es necesario el estudio de la interpretación del Derecho, por eso esta parte tiene como objetivo fundamentar la necesidad e importancia de una adecuada interpretación de las normas para la aplicación del Derecho, haciendo referencia a las principales posiciones doctrinales en torno a la Interpretación Jurídica, sus métodos y clases.

3.1.1.- La Interpretación Jurídica. Su definición y trascendencia para el Derecho.

En una primera aproximación, el Derecho puede ser entendido como un conjunto de normas expresadas por medio de un lenguaje natural (el castellano, el inglés, etc.) mediante las cuales el legislador trata de guiar la conducta de los destinatarios. El lenguaje de las normas jurídicas está basado en gran parte en el lenguaje natural, dado que el uso de un lenguaje técnico dificultaría en grado sumo la comprensión de las normas, y con esto se haría más difícil que los destinatarios pudieran cumplirlas. Este hecho es importante, ya que en la interpretación del lenguaje normativo, esto es, el proceso de atribución de significado a las disposiciones jurídicas, es preciso atender, entre otros, a dos rasgos o propiedades centrales de los lenguajes naturales, la ambigüedad³ y la vaguedad⁴, que en ocasiones entorpecen

³Una palabra es ambigua cuando tiene más de un significado.

seriamente la atribución de significado. Los operadores jurídicos más afectados por estas características del lenguaje son los encargados de la interpretación y aplicación de las normas, pues difícilmente pueden decidir un caso sin previamente haber establecido el significado de la disposición normativa aplicable al caso.

La relevancia de estas propiedades del lenguaje para el Derecho no acaba aquí. Estas cuestiones no solo son de interés para los aplicadores del Derecho, sino que también pueden y deben ser relevantes para los legisladores, pues un correcto uso de los términos en las disposiciones normativas puede evitar confusiones de consecuencias graves.

Un ejemplo de estas eventuales complicaciones surge, cuando se considera la forma y la intensidad con que la ambigüedad y la vaguedad pueden afectar negativamente a un valor central del Derecho como es el de la certeza.

Como vimos, el Derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje. El discurso jurídico, ya sea expresado por escrito (este es el caso de las Constituciones, leyes, testamentos, contratos, sentencias, entre otros) o no escrito, es como cualquier otra expresión o lenguaje, susceptible de interpretación. Pero la Ciencia jurídica cuenta con un tipo de interpretación propia, diseñada acorde a sus características y necesidades, que es la llamada Interpretación del Derecho, Interpretación Jurídica o Hermenéutica Jurídica como también suele ser llamada.

⁴La vaguedad a diferencia de la ambigüedad que afecta a los términos, es una característica de los conceptos. Así, un concepto es vago cuando hay casos respecto a los cuales su aplicación no está definida con precisión. No es el caso de que no se sepa el significado del término, sino que se duda dónde termina su campo de aplicación.

La interpretación del Derecho es una de las cuestiones técnicas y teóricas más importantes de la acción del jurista; es una cuestión esencial también en la práctica del Derecho. La correcta interpretación consigue la correcta aplicación, y de ahí la salvaguarda de los derechos subjetivos, incluso del principio de legalidad. La sabia interpretación es garantía de Justicia y la mala interpretación abre el camino a la iniquidad.

Antes de dar a conocer cuáles han sido las disímiles definiciones con respecto a la Interpretación Jurídica, es necesario indagar el origen del vocablo interpretación, el cual tiene sus raíces etimológicas en el latín *interpretatio*, que a su vez se deriva de la voz latina *inter* que significa entre, y la griega *prasoque* equivale a hacer o acabar. De esta forma interpretar originariamente se refería a hacer, entre o mediar; lo que fue evolucionando hasta adquirir el significado que tiene hoy en día, de dotar de significado una cosa.

Encontrar la esencia misma de lo que es interpretar es algo verdaderamente difícil. Las VII Partidas de Alfonso el Sabio decían que interpretar la ley, conocerla, “no es decorar las letras de ellas”, es comprender su sentido, captar su espíritu, precisar su fin.

La etimología de *interpretatioes* aún determinante en el significado de interpretación de sus equivalentes modernos. En un sentido general interpretar significa explicar, esclarecer y, por ende, descifrar (el sentido de una cosa). El intérprete es el mediador que comunica a los demás el significado que se atribuye a ciertos signos o acontecimientos. El intérprete pone en conocimiento de otros, traduce en un lenguaje inteligible, descifra el

sentido que corresponde (según ciertos métodos) a determinados signos, fórmulas o sucesos.

De esta forma tenemos que interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, a ciertos objetos (signos, fórmulas o textos); el intérprete determina su sentido y alcance.

Así se razona que las leyes se dictan para regir largos períodos de tiempo, en el curso de los cuales cambian las circunstancias sociales, políticas y económicas, cambian incluso las valoraciones culturales, de suerte que las normas empiezan a cobrar, dentro de su misma letra, un significado diferente.

Visto el origen del término interpretación veamos las definiciones en torno a la Interpretación del Derecho.

PÉREZ LUÑO significa que interpretar es atribuir un significado a manifestaciones de un determinado lenguaje, mientras que la “interpretación” sería el conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los cuales se realiza esa atribución de significado”⁵.

Para el gran maestro GUERRA LÓPEZ “interpretar es descubrir la voluntad de la ley, es arrancarle de su letra la entraña de su propósito, su objeto, su fin, esto es, la voluntad propia de la ley”⁶. Esta es la llamada “teoría clásica de la interpretación”.

⁵PÉREZ LUÑO, A.E.: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1984. Citado por APARISI Ángela y DE LUCAS, Javier: Introducción a la Teoría del Derecho. 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 343.

⁶GUERRA LÓPEZ, José: Derecho Civil. Parte General y Persona. Editora de la Facultad de Derecho. La Habana, 1948, p. 131.

NINO considera que “la determinación de qué norma ha sido sancionada presupone la actividad de *interpretar* tales símbolos, o sea de atribuirles significado”⁷.

Para PUIG PEÑA, la interpretación “es la investigación dirigida a adquirir el sentido y alcance de una norma jurídica”⁸.

PRIETO SANCHÍS plantea que “por interpretación conviene entender dos cosas: primero, atribuir significado a las normas, clarificar qué es lo que quieren decir; y segundo, delimitar su campo de aplicación, delimitando los hechos, las situaciones, etcétera, en que cada norma es relevante”⁹.

Según el jurista y tratadista italiano Francesco Messineo, la interpretación se conceptúa como “(...) la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea, de la voluntad de la misma), esto es, la atribución de un significado a la norma para medir su expresión precisa y la posibilidad de aplicación a la determinada relación social a regular. Es pues, una operación lógica, de conocimiento”¹⁰.

El maestro IGNACIO BURGOA manifiesta que el término "interpretar", en el terreno del Derecho, significa: "una operación intelectual consistente en determinar el alcance, la extensión, el sentido o el significado de cualquier

⁷NINO, Carlos Santiago: Introducción al análisis del Derecho. 8ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 1997, p. 246.

⁸PUIG PEÑA, Federico: Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral. 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, España, 1942, p. 134.

⁹PRIETO SANCHÍS, Luis: Apuntes de Teoría del Derecho. 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, España, 2007, pp. 225 y 226.

¹⁰FRANCESCO MESSINEO: Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo I, p. 95, en Franco De la Cuba, Carlos M.: Interpretación de la norma jurídica [en línea]. Disponible en: <http://www.ilustrados.com/publicaciones/epyuafeizuopwxvxy.php>, p. 8. Consultado el 20 de enero de 2010.

norma jurídica, bien sea esta general, abstracta e impersonal, o particular, concreta e individualizada”¹¹.

SEBASTIÁN SOLER sostiene que interpretar no es más que investigar el sentido adecuado de una disposición, a fin de su aplicación a un caso de la vida real. Sigue diciendo, que la interpretación es una operación lógico-jurídica, consistente en verificar el sentido que cobra el precepto interpretado, al ser confrontado con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad, y especialmente ante ciertas normas que le son superiores o que sencillamente limitan su alcance, con relación a una hipótesis dada¹².

En cuanto a la posición doctrinal cubana al respecto, pueden encontrarse varias conceptualizaciones en autores de principios del pasado siglo, de los que se extrae como elementos comunes que dicha actividad, operación o investigación debe encaminarse a encontrar el sentido, alcance y finalidad de la norma con el objetivo de su aplicación o realización. Entre los más significativos y claros al respecto deben citarse a Entenza Escobar, Bustamante y Montoro y Garcerán de Vall¹³.

¹¹BURGOALGNACIO: Derecho Constitucional Mexicano. México, Ed. Porrúa, 1989, p.11.

¹²SOLER SEBASTIÁN: Derecho Penal Argentino. Tomo I, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, pp. 169-170.

¹³“es la operación que se realiza para determinar el sentido de una norma jurídica con vista a su realización” ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: La norma jurídica civil. Ed. J. CEBRIAN, La Habana, Cuba, 1957, p. 133; “Interpretar no es más que extraer el sentido de una norma jurídica con la finalidad de precisar su verdadero alcance” BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio: Introducción a la Ciencia del Derecho. 2da edición, Jesús Montero, Obispo 521. La Habana, 1945, p. 37; “Interpretar la ley significa investigar, dilucidar su contenido; descubrir, indagar su sentido exacto y verdadero, al objeto de su más fiel observancia”, GARCERÁN DE VALL, Julio: El Juez. Ed. Librería Martí. La Habana, Cuba, 1957, p. 216.

El profesor Bustamante y Montoro, al respecto plantea que “la interpretación jurídica es extraer el sentido de una norma jurídica, con la finalidad de precisar su verdadero alcance (...). Interpretar desde un punto de vista técnico, es reconstruir la voluntad del órgano productor de la norma tal como ha debido expresarla”¹⁴.

Entre los autores nacionales contemporáneos, siguiendo las posiciones antes referidas, FERNANDO Cañizares señala que interpretación “es la actividad que tiene por objeto establecer el sentido y el alcance de las normas jurídicas, a los fines de su aplicación al comportamiento de los individuos en sociedad”¹⁵. Según este autor, el sentido, desde el punto de vista jurídico, significa finalidad y el alcance viene determinado por la extensión de la finalidad o sentido de la norma. Agrega Cañizares que, generalmente, la determinación del sentido de la norma se deduce del análisis de la hipótesis jurídica, pero también existen muchas disposiciones legales sumamente complejas, oscuras, insuficientes, a veces formuladas defectuosamente que necesitan una seria labor de interpretación.

JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ “apuntó que la interpretación de la norma es el conjunto de procedimientos mediante los cuales se busca encontrar el sentido, el alcance, la esencia y los fines de la misma, para su correcta aplicación y con ello, para la mejor garantía de la Justicia”¹⁶.

¹⁴BUSTAMANTE Y MONTORO, A.S.: Ob. cit., pp. 15 y 16.

¹⁵CAÑIZARES ABELEDO, Fernando: Teoría del Estado. Pueblo y Educación, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1975, p. 209.

¹⁶FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: Teoría del Derecho. Félix Varela, La Habana, 2002, p. 209.

La posición del profesor es relevante toda vez que asume la interpretación como un proceso, introduciendo además elementos importantes, ya que extiende su alcance y puntualiza su objetivo hacia la aplicación correcta, en pos de la justicia.

Como puede observarse la mayoría de las definiciones citadas coinciden en la idea de que la Interpretación Jurídica se orienta a buscar, desentrañar, descubrir, develar, esclarecer el sentido y alcance del discurso jurídico; o sea que está encaminada hacia la búsqueda del propósito o finalidad que persigue esa expresión jurídica, y además a la determinación de la órbita o extensión que alcanzará lo dispuesto por esta. Pero, a pesar de que la consideración anterior es compartida por la mayoría de los autores que han tratado el tema, no significa que es aceptada por todos.

Algunos teóricos sostienen que la Interpretación Jurídica no desentraña, ni busca el sentido de las expresiones jurídicas, sino que su función es permitir que usted dote o asigne un sentido a lo interpretado. Por este camino se destaca el jurista ROLANDO TAMAYO y SALMORÁN que “cualquiera que inquiera por el sentido que guarden ciertos objetos, signos o acontecimientos y obtenga una respuesta, se encuentra en realidad, asignando un significado a estos objetos, signos o acontecimientos; significado que podrá ser compartido o no, obligatorio o no; pero en todo caso, es un acto significativo que otorga sentido a los objetos, sentido del cual carecen antes de esta

significación. El sentido siempre incorporado mediante la interpretación, pero ni se busca ni se desentraña¹⁷.

A criterio de este autor el sentido no se busca, porque simplemente no existe; los objetos y hechos carecen de él, somos nosotros cuando interpretamos quienes lo dotamos de un significado. Coincido solo con un fragmento de la idea anterior, y es aquel referido a que mediante la interpretación atribuimos una significación; sin embargo, estoy en completa oposición con la idea de que los objetos y hechos carecen de esta antes de que se les interprete.

Sin dudas, cada persona es diferente, no solo desde el punto de vista físico sino también en lo espiritual, en su pensamiento y lógica, lo cual implica que sus criterios y puntos de vista también difieran unos de otros, a pesar de que se refieran a lo mismo. Un hecho, fenómeno, acontecimiento, situación o expresión puede ser visto por dos personas de forma completamente distinta, donde cada una de ellas tenga un criterio individualizado el cual no concuerde con el otro. Incluso, puede darse la posibilidad de que ambas coincidan en el carácter del fenómeno, en que este es positivo o negativo; y sin embargo, las argumentaciones que explican por qué es así, son diametralmente opuestas. Cada persona atribuye a las cosas el significado que cree más adecuado, el cual depende de determinados factores que actúan sobre ella, como por ejemplo su nivel educacional, cultural,

¹⁷TAMAYOySALMORÁN, Rolando: Algunas consideraciones sobre la Interpretación Jurídica, p. 127, en AA.VV.: La Interpretación Constitucional, [en línea], 1975. Disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojurídica/bibliojurídica/www.biblijurídica.org/estlib/resulib.htm>. Consultado el 31 de marzo de 2010.

nacionalidad, ideología, entre otros; por eso no podemos afirmar que la interpretación sea buscar, desentrañar el recto sentido y alcance de la norma, como explican algunos de los autores citados; con la interpretación dotamos de significado a enunciados jurídicos.

Ahora bien, esto no quiere decir que los fenómenos carezcan de un sentido, pienso que todos tienen un fin, un propósito. Si carecieran de sentido, entonces ningún vocablo tuviese un significado gramatical, porque somos nosotros los que debemos atribuírselo; lo cual acarrearía una falta de certeza absoluta sobre lo que es cada fenómeno e indudablemente sería imposible la comunicación.

Considero entonces que la Interpretación del Derecho o Interpretación Jurídica es un proceso sustentado en criterios lógicos, históricos y dialécticos, con el cual se dota de significado a un enunciado jurídico a los efectos de lograr no solo su correcta aplicación, sino también para que resulte racional para todos los ciudadanos que conforman la sociedad.

Creo que es importante destacar que la Interpretación Jurídica no se erige como una actividad puramente cognoscitiva, o sea, marcada solo por la intención de conocer y comprender el objetivo de la norma (esto es lo que se conoce como actividad noética); sino que es todo un proceso que implica la realización de varios pasos. Ese conjunto de pasos va desde conocer la significación gramatical de la norma jurídica, hasta la argumentación y justificación que hace el intérprete del significado que cree correcto (he aquí la actividad dianoética).

La interpretación presupone una actitud valorativa porquien la realiza, el intérprete elige la significación más adecuada según su criterio, la actividad interpretativa se torna un acto de preferencia, pues dentro de las diferentes significaciones que puede elegir el intérprete, se queda con una, que él por determinados argumentos cree la más correcta; he aquí lo que el filósofo del Derecho Recasens Siches llamaba la función estimativa¹⁸.

De su concepto puede deducirseelporquéla Interpretación del Derecho es un tema cardinal dentro de la teoría y práctica jurídica. Sin la herramienta interpretativa es imposible contar con un orden jurídico en la sociedad, pues mediante esta se llevan las normas generales y abstractas, a la realidad social en la cual se deben cumplir, y de esta forma preservar la legalidad.

A partir de un análisis conceptual se aprecia que los autores no especifican en qué casos las normas deben ser interpretadas. Uno de los primeros problemas debatidos en la doctrina en torno a la interpretación jurídica, es el concerniente a las normas que deben ser sujeto de interpretación. Para algunos juristas el Derecho solo se interpreta cuando la norma que regula la materia es oscura o si su comprensión a partir de un simple análisis literal, es difícil. Esta posición se basa en la expresión: *in claris non fitinterpretatioeinterpretatiocessat in claris*¹⁹.

¹⁸RECASENS SICHES, Luis: Filosofía del Derecho. Versión Taquigráfica del Ciclo de Conferencias de Filosofía del Derecho sobre el tema "La Estimativa Jurídica". Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1939, p. 87.

¹⁹"En realidad *in claris non fitinterpretatio* -en sus orígenes- suponía postular una interpretación declarativa frente a cualquier tentación de corrección extensiva o restrictiva. En el fondo, seguía latiendo la idea ilustrada de que la mejor ley es la que no precisa interpretación, o de que la interpretación equivale a corrupción de la ley". PRIETO SANCHÍS, Luis: Ob. cit., p. 228.

Concuerdo con la opinión de la profesora MAJELA FERRARI, al decir que este postulado es erróneo y restrictivo²⁰. La determinación de si un texto es merecedor o no de interpretación según este concepto ofrece en su propio origen una contradicción. Los textos jurídicos no se autocalifican como claros o controvertidos²¹, esta denominación la realizan los juristas partiendo inevitablemente de un análisis interpretativo de dicho texto, primero se interpretan la norma y los hechos para después determinar el nivel de complejidad que exigirá el proceso de interpretación en la aplicación posterior de la que se determine como norma aplicable. Es decir, la concepción restringida conduce a la interpretación en sentido amplio desde su origen²².

²⁰“Esta forma de analizar la interpretación, puede fundamentarse sobre cualquiera de las dos asunciones siguientes: 1.Existen dos tipos de formulaciones normativas, de un lado, aquellas formulaciones normativas cuyo significado es claro y no controvertido, de otro, aquellas cuyo significado es equívoco y son estas las que requieren interpretación. 2.Los supuestos de hecho pueden ser también de dos tipos diferentes, unos a los cuales una norma jurídica se aplica pacíficamente por coincidir el supuesto con su campo de aplicación, es decir que el hecho concreto está perfectamente contenido en la hipótesis jurídica; y otros para los cuales no está claro cuál es la norma aplicable. De esta forma son solo los segundos los que darían lugar a la interpretación.”
GUASTINI, Ricardo: Estudios sobre la interpretación jurídica, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 4.

²¹“(…) el brocardo in claris parte del presupuesto de que entre lo claro y lo oscuro existe una frontera nítida, pero esto es precisamente lo que puede discutirse: no está claro qué es lo claro y qué lo oscuro o dudoso. Decidir que un texto es claro u oscuro es precisamente una conclusión que solo se alcanza después y no antes de interpretar el texto, y esa conclusión tampoco ha de ser compartida por todos los intérpretes”. PRIETO SANCHÍS, Luis, Ob. cit., p. 229. Ver también: ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: Ob. cit., p. 138; MACHADO, José: Comentarios al Código Civil. Tomos I y II. Ed. Puga, La Habana, 1950, p. 24 y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. 1ª ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, España, 1984, p. 129.

²²FERRARI YAUNNER, Majela: Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba. Tesis presentada en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Departamento de Estudios Jurídicos Básicos, La Habana, 2010, pp. 60-61.

Tampoco puede olvidarse que el intérprete es humano²³ y, por tanto, cada uno dejará su impronta y criterios personales en la interpretación concreta de un caso, de modo que lo que para unos puede resultar sumamente claro, para otros todo lo contrario, resultando difícil unificar criterios en todos los casos²⁴.

La cuestión debe analizarse teniendo en cuenta que la interpretación jurídica pretende la “atribución de sentido o significado a los enunciados jurídicos”²⁵, atribución que se realiza partiendo del sentido y significado del lenguaje, de palabras que pueden o no resultar controversiales y del conocimiento técnico de determinadas expresiones, de modo que cualquier texto jurídico requerirá ser interpretado, es decir, ser dotado de un sentido determinado, independientemente de la complejidad del caso y su tipificación, siempre la aplicación, e incluso la realización en sentido amplio, estará precedida de interpretación²⁶.

²³“La normatividad ha de pasar por el tamiz de un ser humano, de alguna cultura, de ciertas tendencias, con el aditamento de ciertos sentimientos, premunido de una mente expuesta a los embates de la neurosis tan propia de la modernidad, que vive en sociedad, en una época dada, bajo un régimen político que hoy es uno y mañana es otro, en un medio de mayor o menos penuria económica, y que a él le impacta, con problemas de todo orden, diarios, sostenidos, angustiosos. ¡Ese es el juez! ¿Cómo “inventar” otro?”. FUEYO LANERI, Fernando: Interpretación y Juez. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 140. Ver también MORÉ, Juan Bautista: El Juez como sujeto calificador de valores, objetivos de la psicología judicial. Repertorio Judicial, La Habana, 1939, p. 134.

²⁴FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., p. 61.

²⁵GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J.: La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. 1ª ed., Ed. Palestra Editores, Lima, Perú, 2003, p. 97.

²⁶“La interpretación no solo se manifiesta en los casos en que la norma aparece oscura o redactada de una forma ambigua, sino también en los casos en que el precepto aparece claro”. PUIG PEÑA, Federico, Ob. cit., p. 133. “La misión de la interpretación de la ley es evitar la contradicción de normas, contestar a las cuestiones sobre concurrencia de normas y de regulaciones, medir de modo muy general el alcance de cada regulación y delimitar unas de otras las esferas de regulación, siempre que esto se requiera. LARENZ, Karl: Metodología de la Ciencia del Derecho. 2ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2001, p. 309.

“Para que el precepto contenido en la regla de Derecho pueda ser observado, precisa que sea previamente entendido (...) Pero, atendiendo a las imperfecciones que pueden viciar las fuentes de Derecho, conviene distinguir la Interpretación en normal y anormal” GINER, Francisco y CALDERÓN,

Cabría, en todo caso, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo, de tal modo que existirá siempre la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica.

La interpretación no tiene como objeto solo a la ley o la norma jurídica, es también objeto de interpretación el Derecho no codificado o no normado. Más aún, incluso los hechos son objeto de interpretación, por lo que se ha dicho que la interpretación es una labor muchas veces planteada por una cierta situación social en una determinada realidad histórica.

Al respecto, no podemos dejar de recordar las palabras del gran jurista y maestro italiano EMILIO BETTI, cuando dice que: “La interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuentes de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones. Fuentes de valoraciones jurídicas son normas jurídicas o preceptos a aquellas subordinados, puestos en vigor en virtud de una determinada competencia normativa. Objeto de valoraciones jurídicas pueden ser declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica según la norma y los preceptos en aquel contenidos y que tengan a

Alfredo: Filosofía del Derecho. Tomo I. Ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1898, pp. 204 y 211.

su vez contenido y carácter preceptivo, como destinados a determinar una ulterior línea de conducta²⁷.

JUAN RAMÓN CAPELLA habla que la “reconstrucción de los hechos”, o selección de los hechos jurídicamente relevantes, constituye una actividad fundamental del hermeneuta dotado de autoridad que frecuentemente no se tiene en cuenta cuando se habla de la interpretación del Derecho. “Se procede a fijar significados en el interior del universo discursivo de su propia interpretación en el curso de la ponderación hermenéutica, lo relevante se afina, los significados se precisan; en un movimiento de vaivén paso a paso los “hechos reconstruidos” quedan clasificados, se fija la selección de normas, se ajusta su interpretación. Solo entonces la decisión hermenéutica queda predispuesta con la aparente ineluctabilidad de una conclusión necesaria”²⁸.

No solo las normas, los principios son objetos de interpretación, los hechos también son interpretados; los hechos jurídicos no son hechos brutos, son hechos institucionales.

Como pudimos ver en este epígrafe la interpretación no solo es trascendente en la vida del Derecho, sino que es imprescindible para el cumplimiento de sus fines, puede decirse que constituye la brújula del operador jurídico, la cual bien empleada nos conduce por el camino correcto, ahora su mala utilización nos puede llevar a las más crueles injusticias.

²⁷BETTI, Emilio: Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1975, p. 95.

²⁸CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón: Elementos de análisis jurídico. Editorial Trotta, 1999, pp. 132 y 138.

Otro mérito de la interpretación jurídica lo constituye el hecho de lograr una aplicación de las normas, caracterizada por la justeza y coherencia con el contexto histórico en que están insertadas. Como sabemos las disposiciones normativas nacen bajo determinadas circunstancias, por el estímulo de ciertas necesidades y para lograr determinados objetivos sociales, pero la vida es dinámica y cambiante y estas circunstancias y necesidades pueden experimentar notables alteraciones con el transcurso del tiempo, de no adecuar esa norma a las nuevas condiciones obtendríamos una aplicación inicua, lo cual puede evitarse realizándole una interpretación a tono con el nuevo momento histórico.

3.1.2.- Corrientes históricas acerca de la Interpretación del Derecho.

La Interpretación del Derecho por su propia esencia es consustancial a la existencia del Derecho, pero no se ha comportado de igual forma a lo largo de la historia de este. En este acápite trataré de una forma sucinta la evolución de las corrientes que han existido en torno a la actividad interpretativa del Derecho, deteniéndome en las que surgieron a partir del siglo XIX.

Las corrientes al respecto han sido muchas, pero pueden ubicarse en dos grandes grupos, de un lado están las subjetivas que son las más antiguas, datan de los tiempos romanos, y de otro lado, las objetivas.

Este tópico es particularmente polémico entre los teóricos con respecto a este tema, referido particularmente al fin de la interpretación. El profesor

Fernández Bulté hace referencia a esta cuestión²⁹ y a las dos grandes vertientes que existen. En primer lugar, la teoría que plantea que interpretar consiste en encontrar la voluntad del legislador, la *ratio legislatoris*, lo que se conoce como sentido subjetivo de la interpretación o interpretación subjetiva. Este grupo es conocido también como filológico-histórico, pues la intención del legislador se busca mediante el análisis literal de la norma acorde con las circunstancias reinantes en el momento de su creación.

Analizando de forma crítica esta posición, debe tenerse en cuenta el hecho de que las normas jurídicas se crean para que conserven su vigencia por largos períodos, lo que puede provocar que su sentido deba variar al transcurrir el tiempo.

No obstante, debe aclararse que en ocasiones resulta útil el análisis de los proyectos legislativos y debates parlamentarios que se suscitaron en el momento de creación de una disposición legal determinada. Esto forma parte del análisis histórico o el llamado método histórico de la interpretación para dilucidar lo que quiso o no decir la ley en el momento de su creación, particular este que puede ser necesario para salvar las contradicciones, ambigüedades y lagunas que suelen afectar a los textos legales³⁰.

En segundo lugar, la vertiente conocida como criterio objetivo, la que plantea que la interpretación debe perseguir la voluntad de la ley, es decir, la *ratio*

²⁹FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: Ob. cit., p. 208. Ver también, para ilustrar la polémica al respecto: CASASUS, Juan J. E.: Dos palabras sobre la interpretación de la ley. Repertorio Judicial, Año XXIX, N° 8, La Habana, Agosto 1953, pp. 161 y ss.

³⁰DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho). 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 1993, pp. 192 y 193.

legis, la razón misma de la norma³¹. Esta corriente es nombrada también como lógico-sistemática, en la cual el razonamiento que realiza el operador jurídico de la norma es lo que lo conduce a encontrar la “voluntad de la ley”.

La concepción objetivista o cognoscitivista de la interpretación está encaminada a descubrir el significado propio que posee cada texto legal. La búsqueda de la interpretación correcta sería su objeto, de manera que la actividad del juez queda limitada, pues su función es solo aplicar la norma a partir de la interpretación objetiva. Usualmente, este tipo de interpretación está estrechamente vinculado a la certeza de la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, eliminándose la idea de la existencia de lagunas o antinomias en este³². Dicha concepción fue enarbolada por la doctrina iuspositivista del siglo XIX.

La concepción predominante en la ciencia jurídica actual se pronuncia a favor del criterio objetivo, aunque la interpretación subjetiva constituye un instrumento auxiliar de gran utilidad para la interpretación objetiva para nada desechable³³.

³¹“No se puede decir que la ley tenga «voluntad», entendida esta palabra en su sentido propio, pero es innegable que la ley responde a una voluntad de ordenar la realidad de una manera determinada. La indagación de esa voluntad es lo que constituye, en un primer paso, la tarea del intérprete”. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: Ob. cit., p. 190.

“La interpretación jurídica busca el sentido objetivo del Derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervienen en su creación.” RADBRUCH, Gustav: Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 9. Ver también GARCERÁN DE VALL, Julio: Ob. cit., p. 219 y SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio: Ob. cit., p. 39.

³²GUASTINI, Ricardo: Ob. cit., p.14.

³³KAUFMANN, HASSEMER y ROBLES: Pensamiento jurídico contemporáneo. Ed. Debate, Madrid, España, 1992, p. 300. “El presupuesto de que lo relevante es la voluntad de la ley no excluye, en contra de lo que pudiera parecer, el que se confiera a la voluntad del legislador un papel destacado. De la premisa de que la interpretación ha de ser objetiva no se sigue el desconocimiento de las intenciones del autor de la norma” PÉREZ ALGAR, Félix: La

Esta óptica ofrece varias ventajas. Primeramente, beneficia la seguridad jurídica y la legalidad sobre la base de la confianza que se genera en el ciudadano acerca de la aplicación de la ley tal como la conoce. Ofrece ventajas, igualmente, de cara a la solución de lagunas legales teniendo en cuenta que el operador jurídico no se remonta solamente a lo que fuera en su momento la voluntad del legislador, sino que busca en primera instancia la solución en el marco regulador plasmado en la norma. Por último, este criterio facilita el progreso jurídico, pues permite solucionar problemas o conflictos que el legislador no previó porque no los conocía, al adaptar el intérprete la ley al momento social e histórico de su aplicación.

En cuanto a este último aspecto, ÁNGEL Latorre se refiere a que inevitablemente la interpretación de las leyes va cambiando al compás de las exigencias sociales³⁴. Esta elasticidad es una condición indispensable en la supervivencia eficaz de las leyes pues de otro modo sería necesario modificarlas continuamente para adaptarlas a la dinámica social.

Existe, además, otra posición a nuestro juicio más adecuada, sustentada por Entenza Escobar³⁵, quien considera que es conveniente sostener un criterio

interpretación histórica de las normas jurídicas. Ed. J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1995, pp. 53 y 54.

³⁴Este elemento se encuentra muy bien reflejado en el Código Civil Español (publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889) que en su Artículo 3.1 dispone: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*, lo que se conoce como “Jurisprudencia Progresiva”. Ver LATORRE, Ángel: Introducción al Derecho. 7ª ed., Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1991, p. 78 y ÁLVAREZ TABÍO, Fernando: “Tesis”, en Legalidad y Justicia. Ed. Biblioteca jurídica de autores cubanos y extranjeros, Volumen CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952, p. 41.

³⁵ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: Ob. cit., p. 137. “En la comprensión de la ley también han de tenerse en cuenta las palabras del legislador, si bien no todo debe reducirse a la interpretación gramatical, porque ello implicaría perder de vista el verdadero sentido de la norma que se busca”

intermedio, teniendo en cuenta que a la norma ha de dársele no el sentido que resulte de la ponderación de los elementos objetivos y subjetivos, sino el sentido más equitativo.

De igual forma, Larenz³⁶ desarrolla esta idea cuando señala que a cada una de estas teorías corresponde parte de verdad; por ello, ninguna puede aceptarse sin limitaciones. “La verdad de la teoría subjetiva es que la ley jurídica es expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo. Detrás de la ley está una determinada intención reguladora, están valoraciones, empeños y reflexiones objetivas, que han hallado en ella una expresión más o menos clara. La verdad de la teoría objetiva es que una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado.”

Después de haber analizado las teorías subjetivas y objetivas, estudiaríamos el origen de la interpretación del Derecho y cómo las diferentes escuelas han tenido en cuenta estas dos corrientes ya vistas.

La Interpretación Jurídica o del Derecho data del surgimiento del Derecho, de los tiempos donde el Derecho Escrito no había nacido, y solamente se contaba con el Derecho Consuetudinario. Desde allí encontramos actividad interpretativa³⁷, por supuesto con una fisonomía completamente distinta a la actual, ni siquiera parecida a la que se comienza a perfilar por las teorías

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: De la interpretación e integración contractual, en Derecho de Contratos, Tomo I, Ed. Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003, p. 232.

³⁶LARENZ, Karl: Ob. cit., p. 313.

³⁷A nuestro entender la interpretación de aquellos tiempos no consistía en una verdadera interpretación, la denominamos así pero realmente esta simplemente se fundamentaba en una traducción de la letra de la ley, sin poder el intérprete realizar ningún otro acto que no fuera pronunciar el precepto normativo.

nacidas a partir siglo XIX. Esto no quiere decir que desde sus inicios hasta la llegada de los años 1800 en adelante no hubo evolución en este ámbito, solo que esta se movió dentro de los límites establecidos, que no eran más que la letra de la norma de la cual no se podía salir.

Remontándonos a Grecia podemos ver que su concepción del Derecho responde a la visión de este como un Derecho Natural, que para ellos emanaba de la naturaleza, procedente de su voluntad; y, por ende, superior y en antagonismo con el Derecho proveniente de la obra humana. En Roma la situación fue análoga hasta la República. Vigente esta concepción se le otorgó la facultad de interpretar a los sacerdotes considerados concedores de la mencionada voluntad, de esta forma existía una seguridad de la inalterabilidad de dicha normativa, o lo que es lo mismo la permanencia de lo preceptuado en ella.

El advenimiento de la República romana cambia la situación preexistente, los juristas comenzaron a interpretar, en virtud de su facultad de *respondere*³⁸. Pero estas interpretaciones se reducían a expresar la que decía el texto de la ley, no era una real interpretación, la labor consistía en reproducir lo expresado en la norma. Solo podían interpretar en un sentido un poco más amplio los que habían legislado, al respecto decía Justiniano “a nosotros nos corresponde interpretar las leyes porque nos corresponde dar las leyes”³⁹. Pero a la vez para cercenar un desarrollo de esta tarea, el Digesto Justiniano expone: “Dimos infinita gracias a la suprema deidad que nos ha permitido, dictar las mejores leyes, no solo para la nuestra sino

³⁸Relativo a Interpretar o decir que dice la ley.

³⁹BUSTAMANTE Y MONTORO, A.S: Ob. cit., p. 23.

también para todas las edades, tanto las presentes como para las futuras, por lo contradictorio no tiene lugar en este Código⁴⁰.

De estas ideas podemos colegir que por un lado reconocen la posibilidad de interpretar, pero por otro la frenan autoproclamando sus obras perfectas y válidas. Deducimos entonces un reconocimiento formal válido, solo como muestra de posible cambio ante cualquier injusticia, pero en el fondo una pre marcada intención de librarse de posibles interpretaciones que arriesgaran sus intereses garantizados mediante los preceptos de la norma.

En los primeros siglos de la Edad Media, la Iglesia se tomó la facultad de interpretar, lo cual se justificaba en la tesis de que la voluntad de Dios, la razón divina era la autora del orden general y de sus normas, de las cuales solo se conocía una parte que estaba contenida en las Sagradas Escrituras, descubiertas por la razón del hombre.

La llegada de la burguesía comenzó a cambiar la situación preexistente, y el Derecho Natural adquirió una óptica de creación de la razón humana, erigiéndose entonces como producto racional independiente de la fe religiosa, de esta manera la facultad de interpretar pasó a manos del rey. No obstante, en estos períodos los que aplicaban el Derecho realizaron varias interpretaciones, las cuales, por supuesto, se movían dentro de estrechos límites, que se ceñían al conocimiento del Diccionario y la gramática. La labor de los tribunales consistía en ubicar sobre el hecho las palabras de una norma jurídica preestablecida.

⁴⁰BUSTAMANTE Y MONTORO, A.S: Ob. cit.,p. 20.

La Revolución Francesa fue un acontecimiento trascendental en todas las esferas de la sociedad, así tuvo su influencia en el Derecho, en materia de interpretación en sus inicios no trajo cambios significativos, solo la creación del conocido *Referé* Legislativo. En virtud de esto el juez podía realizar la interpretación por vía literal, pero en caso de que esta se le hiciera imposible, respetando la tesis de no interpretar por sí mismo el espíritu de la ley, debía abstenerse y dirigirse al órgano legislativo para que realizara la debida interpretación.

El hecho de que esta Institución se mantuviera por tanto tiempo, desde la época romana hasta la llegada de la burguesía de una forma bastante similar, sin experimentar cambios que la revolucionaran, obedecía a una causa regular en los diversos estadios transitados. Esta causa fue el mantenimiento del monopolio del cambio de las normativas jurídicas, lo cual vemos desde los sacerdotes romanos hasta los burgueses. Las normas jurídicas se diseñaban de forma que respondieran a sus intereses, por tanto, entregar la prerrogativa de interpretar su obra era un riesgo para la permanencia de esta y, por tanto, de sus intereses. El precio de la continuidad de esos intereses fue apartar cualquier forma de desviación de lo ya preceptuado, constituyendo la interpretación una actividad peligrosa al respecto, más si se ponía en manos de todos los jueces. Se defiende también la idea, de que otra causa de la situación sufrida por la interpretación fue la pretensión de lograr la seguridad jurídica, que implica la mínima inalterabilidad de las normas para lograr la confianza de los ciudadanos en su orden jurídico.

Realmente, como expresa el jurista Javier De Lucas, lo que sucedió fue que “el momento de aplicación del Derecho, es decir, la labor de mediación entre el marco normativo y los problemas sociales a los que debería servir, queda reducida a la traslación mecánica del texto legal”⁴¹. Hasta esta fecha la interpretación se caracterizó por grandes limitaciones, en un inicio no se aceptaba su ejercicio por los jueces y más tarde se les prohibió interpretar fuera de los marcos literales.

Avanzada la Revolución Francesa ya para el siglo XIX llegan las grandes codificaciones que traen aparejada la reivindicación de la interpretación del Derecho. Surge así a mitad del siglo XIX la Escuela de la Exégesis, la que es consecuencia principalmente de la aplicación del Código de Napoleón de 1804, inspirada en el culto a la ley. La idea primordial de la cual se derivan las restantes sostenidas por esta corriente, es la visión del Derecho Positivo (derecho escrito), que ellos lo asimilaban a la ley, como una obra completa; y, por ende, debía ser la preocupación principal del jurista. De esta forma crean un sometimiento total del operador jurídico al texto legal, pues aseguraban que encontrarían todas las respuestas a los casos que se le presentaran.

Atendiendo a lo anterior, enunciaban que en su labor jurisdiccional el juez debía encontrar la verdadera voluntad del legislador presente en la norma, toda interpretación que no cumpliera ese requisito debía ser refutada. La voluntad del legislador para ellos era la fuente suprema del Derecho Positivo, de ahí su afán en encontrarla. Esto, por supuesto, cerraba toda

⁴¹DE LUCAS, Javier: Introducción a la Teoría del Derecho, ob. cit, p. 282.

posibilidad de que el juez dictara fallos libres, estos debían estar sometidos a lo prescrito en la ley, pues su misión no era crear Derecho. De estas ideas elaboraron su propio método al cual denominaron exegético, mediante este se realizaba un análisis profundo a la norma y a sus trabajos preparatorios, quedando así la labor del juez limitada como expresa el profesor Bustamante y Montoro “al manejo del Diccionario y de la Gramática”⁴² e incluiría el estudio del pasado reciente de la norma.

Como para los exegetas la fuente suprema y única del Derecho era la ley, negaban el valor de la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina dentro del Derecho; y el papel que estas desempeñan cuando se presentan las llamadas lagunas del Derecho. Para ellos en casos de lagunas se debía recurrir a la analogía como método de solución.

Otro rasgo de este movimiento fue el carácter estatal que tomaron, esto se denota en la expresión “*Dura lex sed lex*”, que significaba que las leyes naturales solo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas. Su culto exacerbado por la ley y el designio del legislador ponen al Derecho al servicio del Estado.

La teoría de la exégesis durante su vigencia no fue estática, fue transformándose paulatinamente hasta admitir la interpretación orientada hacia la búsqueda del sentido y alcance de la normativa por los jueces, pero en un inicio solo con razonamientos literales de la norma. Ulteriormente se apoyaron en el método lógico-formal, mediante la subsunción del hecho en el precepto legal. Estas transformaciones nunca conllevaron a otorgarle al

⁴²BUSTAMANTE Y MONTORO, A.S.: Ob. cit., p. 24.

intérprete potestades de creación, sino solo de declaración, en busca siempre de la intención del autor de la norma y limitando el análisis al campo de la gramática.

Los exegetas fabricaron una teoría condenada por sus propios postulados. Su visión de la ley como obra completa, capaz de dar respuesta a los disímiles casos que se puedan presentar en la realidad, los llevó rumbo al despeñadero, pues toda obra humana está distante de la perfección y es infalible. Además consideramos que esta idea es limitativa del Derecho, pues la práctica y experiencia del juez lo hace portador de criterios que enriquecen y renuevan a este. Siguiendo la figura del juez, lo coloca en una posición humillante al circunscribirlo a una tarea puramente semántica y mecánica, sin permitirle la utilización de criterios propios acordes a la situación del caso y al momento histórico, impedía la toma de decisiones justas, en el sentido de que fueran coherentes a las características de los casos específicos.

Por otro lado, se limitaron al manejo del método que crearon como la vía para la comprensión de la normativa, argumento que debe criticarse, pues aunque lo primero es conocer el significado de los vocablos y frases empleados, el pleno conocimiento se alcanza analizando otros factores que indudablemente influyen también. Otro error de esta corriente fue el desconocer el papel que desempeña en todo sistema jurídico la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina como fuentes del Derecho capaces de resolver un caso a falta de precepto que decida sobre esta cuestión.

Francisco Geny⁴³ fue el jurista que dejó en ruinas la obra exegética, llegó a acusarla de inmovilizar el Derecho, él planteaba que el juez debía contar con cierta libertad que le permitiera hallar la solución correcta al caso. Pero sin dudas, la Escuela de la Exégesis como bien señala la profesora Martha Prieto “marcó el momento a partir del cual se interpreta el Derecho aunque solo fuera con el objetivo de determinar la voluntad del legislador”⁴⁴. No podemos dejar de reconocer su labor como punto de partida hacia una nueva óptica de la Interpretación del Derecho. Además, con ella se le da un lugar, aunque fuese muy limitada al juez en la actividad interpretativa. Puede elogiarse su logro de dar seguridad a las relaciones jurídicas por la inmovilidad y firmeza de las normas jurídicas, aunque claro que el costo fue impedir el desarrollo del Derecho.

La Escuela Histórica del siglo XIX es fruto de los opositores de la exégesis, y tiene como representantes más connotados a Von Savigny y Puchta. Contemporáneo a esta corriente histórica fue Von Ihering, que aunque no forma parte de esta escuela aportó valiosos conocimientos. En esencia esta escuela enfoca el Derecho como una emanación del espíritu de cada pueblo, desarrollándose a lo largo de la historia como un conjunto orgánico, de lo cual se va haciendo independiente de la voluntad del autor. Por esta razón, para ellos en el momento de interpretarse el Derecho se debe

⁴³CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: La Interpretación Judicial Constitucional [en línea], 1996. Disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojurídica/bibliojuridica/www.bibliojuridica.org/libros/libro.html=867.htm>, pp. 33-35. Consultado el 31 de marzo de 2010.

⁴⁴PRIETO VALDÉS, Martha: El Derecho, la Constitución y su Interpretación, ob.cit., p. 18.

ineludiblemente tener en cuenta las condiciones sociales que dieron nacimiento a la norma, y a las existentes en el momento de su aplicación.

Los históricos sostenían que cada período vivido por una nación es continuación y desarrollo de las etapas pasadas, o lo que es lo mismo de su historia. De esta forma, el Derecho de una época es también una continuidad del Derecho de otro tiempo pasado, no es un fenómeno intemporal sino fruto de la historia. El jurista Savigny fundador de esta escuela entendía el Derecho como producto del espíritu de un pueblo y no de la labor de un hombre, y para esta última frase señala la palabra nunca.

Concibieron la interpretación como el medio utilizado por el jurista para adaptar las normas y los conceptos jurídicos a las condiciones presentes, en el momento de su aplicación; por ende, no se enfrascan en buscar la voluntad del legislador, sino en indagar la evolución histórica de esa norma. Una idea trascendental sostenida por este movimiento fue la relacionada con el hecho de que la interpretación no está ligada únicamente a los casos de oscuridad de la ley, entre otros, sino que toda aplicación del Derecho requiere una actividad interpretativa. Este movimiento rompe con la tradicional frase *su claris non fitinterpretatio*.

Otro punto novedoso esgrimido por los históricos estuvo relacionado con el método utilizado a la hora de realizar la interpretación; ellos afirmaban que se debían utilizar cuatro métodos combinadamente, estos eran los ya conocidos gramatical y lógico incorporándose el histórico y el sistemático. La utilización de estos cuatro elementos arrojaba un resultado más exacto. Ellos lograron percibir con claridad que la utilización interrelacionada de los

métodos interpretativos era lo único capaz de proyectar una interpretación correcta, lo cual era imposible lograr de ceñirnos a uno solo de estos.

La teoría propugnada por Savigny da un pequeño vuelco con la obra de Von Ihering, considerado como el fin de esta corriente, quien ideó la conocida jurisprudencia pragmática, la cual sostenía que el Derecho estaba determinado por su fin, y su aplicación debía hacerse acorde a este elemento. Planteaba que el criterio para entender e interpretar la ley no era algo irrefutable, imposible de variar, sino relativo, dependiente de la finalidad o propósito de esa norma; por lo cual su contenido es heterogéneo pues debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio, mediante incesantes modificaciones de la interpretación misma.

La teoría de esta Escuela hace que la figura del juez comience a desprenderse de los textos legales, y aparte esa labor mecánica a la que la exégesis lo redujo e inicie una tarea digna que no solamente implica sumir el hecho en la norma de una forma inconsciente, sino que es todo un proceso que lleva diversas operaciones como las de conocimiento, discernimiento, razonamiento y valoración. El intérprete aquí debe sustituir el significado primitivo de la norma por uno nuevo pero coherente con las necesidades del momento de aplicación, de esta forma se produjo una reacción contra el principio de inamovilidad de los preceptos positivos.

Otro punto a reconocerles es el hecho de que ellos, partiendo de la idea de que toda norma tiene un objetivo, les permite adaptarla a las nuevas condiciones sociales que puedan existir en el momento de su aplicación, distintas de las existentes en el instante de su promulgación, pues en

definitiva lo más importante es el mantenimiento y cumplimiento de esa finalidad. De esta forma, la ley puede transitar paralelamente al constante cambio del tiempo, adecuándose así al nuevo contexto social y, por tanto, a las nuevas necesidades sociales. Sin embargo, el afán de esta corriente de sintonizar la norma con su historia y con las condiciones presentes en el momento de su aplicación, los hizo olvidar que la mira hacia el futuro proporciona nuevas enseñanzas, que nos hacen mejores.

También se destaca la Escuela de la Libre Investigación Científica, que propugna un método según el cual, el sentido de la ley debe determinarse de acuerdo con los intereses del legislador, lo que este hubiera tenido en cuenta si hubiere conocido la situación del momento. El juez debe decidir el litigio aplicando la norma que él dictaría si fuera legislador. El juez no puede abstenerse de interpretar el pensamiento del legislador para la fecha de su aplicación frente a las realidades y exigencias de la vida moderna. Interpretar no consiste en buscar la intención del legislador, sino en indagar la finalidad práctica⁴⁵.

Por otra parte, la Escuela Teleológica o Finalista, representada por PABLO VERDERY y EYOHENA, consigna que toda norma tiene un fin práctico; el intérprete debe consultar ese fin. Sin embargo, debe decirse que la norma tiene una serie sucesiva de fines. Piensa esta escuela que las

⁴⁵Son sus principales exponentes Francisco Geny y Julián Bonnetcasse. Sostienen que cuando la ley no da solución al problema planteado, debe recurrirse a otras fuentes formales del Derecho, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Pero si con ellas tampoco se encontrare la solución adecuada, se debe proceder a lo que el autor denominó la libre investigación científica.

normas jurídicas tienen un propósito práctico, y este es el que debe indagar el intérprete, y no la voluntad o intención del legislador, que es subjetiva y puede no coincidir con aquel fin. Si el caso o la relación jurídica no están regulados por la ley, deben solucionarse con la norma más adecuada. Esta se deducirá de las necesidades de la observancia objetiva y positiva de los hechos, de la ponderación de las exigencias reales y de las utilidades prácticas.

Se suma la Escuela de la Jurisprudencia de los Intereses, la que parte de la base de que las leyes son la resultante de los intereses materiales, nacionales, religiosos y éticos que luchan dentro de una comunidad jurídica. Consecuentemente, el intérprete para resolver una cuestión, debe investigar y ponderar los intereses en conflicto, y dar preferencia al que la ley valore más. Y para este efecto su inspiración y guía deben ser los intereses que son causa de la ley, dejando de lado la letra de esta y los pensamientos subjetivos del autor; a la solución del caso, el intérprete y el juez deben adecuar el texto legal mediante una interpretación restrictiva, extensiva y hasta correctiva, si el nuevo orden social o político así lo reclama.

La llegada del siglo XX trae consigo nuevas ideas en relación con la interpretación del Derecho, las cuales se levantan en total enfrentamiento a los dogmas tradicionales que presentaban a la ley como la única y trascendente fuente del Derecho, y desenmascara la tesis de que el ordenamiento jurídico es una unidad cerrada y completa. La abanderada de esas ideas del nuevo siglo es la llamada Escuela de Derecho Libre. Esta Escuela aboga por la presencia de la libertad a la hora de interpretar el

Derecho por el juez, el que atenderá y priorizará las necesidades sociales, intentando llegar a la famosa justicia que en muchas ocasiones se pierde o distorsiona en la norma jurídica. La lucha de esta corriente no solo se circunscribió a la figura del juez, sino que fue mucho más allá abarcando los problemas referentes a la subordinación del poder judicial al poder legislativo.

Uno de los exponentes más destacados de esta corriente fue el jurista Kantorowicz, quien sostuvo que el Derecho para estar a tono con la realidad de la sociedad, la cual estaba en constante cambio, exigía de jueces que desplegaran una actividad independiente y creadora.

Los partidarios de esta Escuela, como dijimos anteriormente, no concordaban con las afirmaciones tradicionales, por ende, no admitían la suficiencia de la ley. Sostenían que las normas son reglas generales, que aplicarlas a un caso concreto es una tarea particular del juez, que implica una creación, la sentencia judicial, basada en un conjunto de pasos que contienen conocimiento y valoración.

A la Escuela de Derecho Libre hay que reconocerle el mérito de haber reivindicado la figura del juez, rechazando la posición de sirviente que por siglos había ostentado. Esta corriente extrae del círculo en que se concebía a la función del juez, lo emancipa, alegando su capacidad para crear Derecho. Esgrimen que él mismo debe fundar sus fallos más que en la ley, en la atención a los intereses en conflicto, para lo cual debe recurrir a elementos de diversa índole como los políticos, sociológicos o psicológicos,

de esta forma se lograría una congruencia entre el Derecho y la realidad social.

Bülow, uno de los cultivadores de este movimiento, pensaba que la ley no creaba Derecho directamente, solo disponía la vía para lograr un ordenamiento jurídico, el cual sería el fruto de las sentencias judiciales dictadas en casos concretos, en las que ante las variadas interpretaciones posibles de una palabra, el juez debía elegir la más razonable, radicando esta labor en una obra jurídica productora de Derecho.

Así Kantorowicz se dirigió a los Códigos como algo exiguo para solucionar los litigios, teniendo el juez, poseyendo o no ley para dicho litigio, que juzgar atendiendo a la Ciencia y a su razón y así establecer la norma conforme al caso, iluminado por la equidad, la justicia y el Derecho consuetudinario.

Ahora bien, la Escuela de Derecho Libre protegió la validez de la norma jurídica cuando esta era clara y precisa; sin embargo, la apartaba cuando era oscura y no proveía una solución certera.

Este movimiento aportó ideas que considero positivas como, por ejemplo, el tener en cuenta cuestiones como fin social y el objeto propio de la norma a la hora de decidir un caso. Muy importante su logro de desnudar a la ley del traje de perfección con que había sido vestida durante tanto tiempo, y entregarle al juez la posibilidad de investirse de legislador y crear Derecho para lograr una sentencia conforme a las necesidades sociales, económicas y humanas, y a la justicia.

A pesar de lo anterior, fue muy criticada esta corriente, al punto de ser tildada como política del Derecho simulando ser teoría del Derecho, ya que favorecía de una forma excesiva la libertad de actuación de los jueces, que fue denominada activismo judicial, propiciando el quebrantamiento del Derecho desde el propio aparato de poder, el desgobierno legal y la inseguridad jurídica ciudadana como consecuencia de la falta de certeza en el Derecho.

El gran jurista austriaco del siglo XX Hans Kelsen, en su empeño por construir una teoría del Derecho completamente autónoma, o pura como se le conoce, abordó el tema de la interpretación del Derecho. Como es lógico, las concepciones acerca del tema propuestas por Kelsen responden a su diseño del ordenamiento jurídico como un orden jerárquico de normas, donde cada una deriva su validez de la superior.

En su obra *La Teoría Pura del Derecho*, Kelsen conceptúa la interpretación como “una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del Derecho al pasar de la norma superior a una inferior”⁴⁶. Para el jurista austriaco la interpretación del Derecho no es exclusiva del momento de aplicación de una norma, sino que también se encuentra presente cuando se legisla. Es fácil entender esto en el primer caso, pues sabemos que la sentencia judicial a la cual Kelsen se refiere como norma individual es consecuencia de la aplicación de una norma jurídica general a un caso concreto, la cual se debe interpretar. En el segundo caso, cuando se legisla lo vemos porque el órgano legislador al crear una ley se atiene a lo

⁴⁶KELSEN, Hans: *La Teoría Pura del Derecho*. Introducción a la Problemática Científica del Derecho. Losada, Buenos Aires, 1941, p. 187.

establecido por la Constitución, norma suprema de la sociedad; de esta forma se está aplicando la Carta Magna, lo que obviamente ha requerido de interpretación. A la vez refiere que las normas individuales también requieren interpretación, ya sean sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, entre otras.

En el diseño de Hans Kelsen “la relación entre una grada más alta y otra más baja del orden jurídico, como la que existe, entre la ley y la sentencia, es una relación de determinación o ligamiento: la norma de grado superior regula el acto por el que es producida la norma de grado inferior, también eventualmente el contenido de la norma ha de producirse”⁴⁷.

Esa determinación no es completa, la norma superior en este esquema se presenta como un marco, dentro del cual se mueve el operador jurídico, el autor lo ejemplifica de la siguiente manera: “si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de decidir, cuándo, dónde y cómo”⁴⁸. La indeterminación, o sea, ese margen de libre apreciación para la persona que aplicara la norma puede ser intencionada o no. La primera situación se da por la voluntad del órgano que formula esa norma superior que entiende que esta se precisará a medida que se vaya particularizando. La segunda surge cuando la norma se enuncia incluyendo términos o frases con pluralidad de acepciones, lo que provoca que quien la va aplicar se encuentre frente a una gama de interpretaciones, se presenta la misma situación cuando el ejecutor de la norma opina que existe una divergencia entre lo que expresa la norma y la voluntad de su creador.

⁴⁷KELSEN, Hans: ob. cit., p. 127.

⁴⁸Ibídem, p. 128.

Se presenta en la teoría kelseniana la interpretación como la determinación del sentido de la norma a aplicar, norma que al constituir un marco, entre cada uno de sus límites existen diversas interpretaciones, las cuales están dotadas de igual valor jurídico. Ahora solo una de estas se convertirá en Derecho Positivo mediante la norma individual, lo que constituye un asunto de carácter volitivo, pues se aplica la interpretación que el juez prefiera para el caso concreto. Por ende, todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco.

Antes de Hans Kelsen, reinaba la idea de que para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería solo encontrar el método apropiado para ilustrarla. La obra kelseniana rompe con la formulación anterior afirmando la existencia de un abanico de posibilidades, todas válidas; de esta forma la interpretación se vuelve un problema de voluntad más que cognoscitivo. Este autor hace depender la verdad jurídica de una voluntad, siempre y cuando esté facultada por la norma.

La concepción de Kelsen, que fue creada para la Ciencia del Derecho, es puramente normativista, donde se concibe al Derecho como un sistema cerrado y racional, como un conjunto exclusivo de normas jurídicas interrelacionadas entre sí, en donde cada una deriva su validez de aquella a la que se subordina jerárquicamente. De esta forma, se apartan a la hora de decidir cuestiones jurídicas elementos como las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas, en otras palabras se excluye la valoración del contexto histórico en el que se encuentra la norma, el cual es importante tener en cuenta para fallar conforme con la realidad social, cuestión que la

norma sola no logra. Siguiendo la idea anterior, en cuanto a lo planteado acerca de la derivación de la validez de una norma inferior de una superior, vale referirnos a la controvertida norma fundamental, la cual según Kelsen dota de unidad a la pirámide jurídica y es fundamento de su legitimidad, que tiene como cimiento una creación ideal sin basamento objetivo alguno.

Tampoco podemos negativizar completamente las tesis expuestas en el sistema kelseniano, de que cada norma integrante del ordenamiento jurídico deriva su validez de una superior, pues esto permite que exista unidad, plenitud y coherencia en el conjunto y se eviten actos inconstitucionales, pues de una forma u otra toda norma del escalón que sea, tiene su contenido en correspondencia con el de la norma suprema.

Otro punto que debe criticarse de la doctrina kelseniana es el lugar en que sitúa al operador jurídico, a los pies de la norma, no en la forma en que se hizo en las épocas anteriores, sino teniendo en cuenta el deber ser que establece esa norma y a partir de ahí realizar una reconstrucción con el fin de llevarla al hecho. Por ende, puede decirse que la interpretación del Derecho en el diseño de Kelsen es una actividad carente de libertad, no hay creación verdaderamente porque el juez opera con la inquietud de que su decisión esté acorde a las normas superiores, para que fuese considerada legítima.

Debemos dar gracias a este gran jurista, su reconocimiento a la Constitución como norma *per se*, alegando su supremacía fundamentada en la idea de la soberanía de la Constitución; conllevó además a que sus preceptos gozaran de directa aplicabilidad.

Luego de Kelsen en materia interpretativa del siglo XX vale destacar la obra de otro autor, Carlos Cossio. Este teórico edificó la conocida Teoría Ecológica dentro del Derecho. Defendió que el Derecho no era solo norma, sino también valores, lo que exaltó con tanta fuerza que logró el regreso al subjetivismo, pero visto ya como libre interpretación y creación del Derecho por los jueces. Alegó que la elección de los valores claves que integrarían el Derecho no era una labor arbitraria, sino axiológicamente objetiva, ya que la aplicación de la ley suponía enfocar una conducta desde el ángulo de la ley, poner el sentido axiológico enunciado en la ley, en la conducta que uno considera; y en estrecha relación con este acto, la interpretación, ya que se aplica la ley interpretando, únicamente se la puede aplicar concretando o creando determinaciones individuales dentro de la ley.

Este autor ideó la interpretación de la ley como un conocimiento por comprensión de los sentidos jurídicos, algo muy diferente del silogismo judicial hasta ese entonces predominante. Para él, el jurista en el proceso interpretativo debía arrancar de su experiencia inmediata, aun cuando su actitud mental no emergiera de tal experiencia. De esta forma, sostuvo que los jueces cuentan con un marco de posibilidades dentro del cual deben escoger aquella decisión que mejor realizara los valores jurídicos subyacentes, como la seguridad jurídica, paz, orden y poder que se imponían por medio de la normativa, y ese acto de selección suponía además una valoración, que para que fuera objetiva había de corresponderse con las valoraciones generales vigentes en la comunidad.

La valoración jurídica fue la piedra central de su doctrina, la definió como aquel elemento que dotaba de sentido al Derecho; como algo inseparable del ordenamiento jurídico y que aparece siempre en la experiencia jurídica. En la protección de tales valores, apeló a la intuición para determinar las condiciones y circunstancias del caso y en especial aquellas relevantes, que permitían configurar el caso, determinar la norma aplicable y siendo el juez neutral, ofrecer una solución de conjunto.

En la segunda mitad del siglo XX también se concibieron corrientes metodológicas y en los estudios doctrinales acerca del Derecho, generalmente caracterizadas por ser antiformalistas. Estos movimientos doctrinales tuvieron como objetivo poner al descubierto la esencia del Derecho, su función social, así como también la falta de neutralidad de los jueces en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho.

Sin dudas, las teorías objetivas y subjetivas, a pesar de sus deficiencias, fueron un gran logro en la vida del Derecho, sobre todo porque pusieron a la Constitución en un pedestal, hasta el punto de lograr que sus preceptivos completamente inactivos hasta el momento alcanzaran la aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Mediante una interpretación razonada con miras a la realidad social, y desde una óptica dialéctica, podemos salvar el rezago al que están condenadas las disposiciones jurídicas por su propia naturaleza. El contexto histórico es tan importante que su papel no se ciñe solo al momento de interpretar el Derecho para aplicarlo; sino también, alcanza gran importancia en el momento de su creación, cuando es tomado por los órganos legislativos

como referencia para determinar qué conductas exigir en el ordenamiento jurídico⁴⁹.

Al decir del profesor Fernando Cañizares, “si la interpretación jurídica quiere ajustarse a un proceso eminentemente científico, y obtener un resultado acertado debe acomodarse al alcance y sentido de la norma, a la perenne mutabilidad de los conflictos jurídicos, y ello se alcanza únicamente por el conocimiento de la acción recíproca, de las contradicciones particulares del interés de las partes del conflicto real, imposible de ser abarcados por la hipótesis de la norma, meramente abstracta y formal”⁵⁰.

De la cita anterior podemos colegir que los casos no son idénticos, ni incluso aquellos que entran en la hipótesis de una misma norma, lo cierto es que cada uno tiene sus propias características. Es así que debemos, a la hora de interpretar, tener en cuenta este aspecto, debemos observar las particularidades del caso específico que nos ayudaran a acercarnos a una solución más adecuada.

Claro está que asumir esta posición implica el reconocimiento al intérprete, especialmente al juez de un margen de libertad mediante el cual pueda moverse en busca de la justicia. Pero no debe confundirse esa libertad con una libre determinación sin respeto al orden jurídico; los jueces tienen cierta independencia a la hora de aplicar el Derecho para lograr que la finalidad de la norma jurídica se atempere a las nuevas condiciones del momento. De tal forma, la interpretación para el operador jurídico se vuelve una actividad

⁴⁹O'CALLAGHAN VILASECA, Linnet: Ob. cit., p. 30.

⁵⁰CAÑIZARES Abeledo, Fernando: Ob. cit., p. 81.

razonada y valorada. Desde esta perspectiva la interpretación, en manos del jurista, se convierte en un instrumento mediante el cual se encuentran soluciones eficaces a los problemas y, por demás, se cumplimentan los fines axiológicos del Derecho, contribuyendo a fomentar los valores que se proyectan como voluntad o conducta deseada por medio de las normas jurídicas.

Por supuesto, esa autonomía nunca significará facultad de adopción de normas individuales contrapuestas a la Constitución y el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Esa discrecionalidad tiene como único objetivo mantener la justicia del Derecho, teniendo en cuenta las circunstancias en que se va a aplicar, o sea, que se otorga para que marche junto al Derecho no para que riña con el principio de supremacía constitucional o con el de legalidad. Una de las garantías de que esa discrecionalidad debe un respeto al orden jurídico, es el hecho de que las sentencias de los jueces son motivadas, lo cual implica la argumentación de hecho y legal de su fallo.

3.1.3.- La interpretación y la aplicación del Derecho: una relación indisoluble.

La interpretación del Derecho es una labor exclusiva del momento de su aplicación, pues como bien sostuvo el gran jurista KELSEN en el momento de creación de las normas jurídicas también se presenta la labor interpretativa. La elaboración de una norma por el órgano legislativo supone

respeto hacia lo preceptuado, lo que inevitablemente implica la comprensión y entendimiento, o sea, la interpretación de lo estipulado por las normas constitucionales.

Una correcta aplicación del Derecho presupone una previa interpretación de la norma jurídica dada, pues no es posible aplicar esta si antes no se ha interpretado, de lo que resulta que la interpretación es un presupuesto imprescindible en la aplicación del Derecho; claro está que pueden concebirse como procesos independientes, ya que puede existir interpretación sin aplicación, como es el caso de la interpretación realizada por los juristas en el desempeño de su trabajo, y no los órganos encargados de aplicar el Derecho.

El Derecho regula la vida en sociedad, aplicándose a los hechos producidos o derivados de las relaciones intersubjetivas con trascendencia jurídica. Esta regulación se realiza mediante la aplicación de un conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho objetivo y subjetivo.

La aplicación del Derecho constituye un momento en el cual las normas jurídicas, generales y abstractas se subsumen luego de un proceso valorativo en un caso concreto y se aplican a determinadas personas, pasando así de la generalidad a la singularidad; es por esta razón que la interpretación desempeña un rol fundamental en este momento de realización del Derecho. La interpretación es un paso inviolable para la aplicación de una disposición jurídica, hasta en las normas de redacción sencilla se lleva a cabo la actividad interpretativa para su aplicación,

quedando así muy lejos de la verdad el viejo adagio *su claris non fitinterpretatio*.

Como todo proceso, la aplicación de las normas jurídicas supone una serie de pasos, que concluyen con la certeza por el operador jurídico de que la norma que debe aplicarse es la pertinente. Para llegar a esa conclusión lo primero que debe hacer el juez es comprobar la veracidad del hecho que se le presenta a resolver, esto es fundamental porque de no ser real tal evento dictaríamos una resolución a un acontecimiento que parece de existencia, y por demás a una persona que tal vez sea inocente, existiendo la posibilidad de dejar impune otra conducta delictiva. Interiormente, el juez debe encaminar su acción a la búsqueda de la norma aplicable a ese caso; consideramos que a partir de este momento se inicia su labor interpretativa, la cual encierra determinar si dicha norma ha sido promulgada, si mantiene su vigencia, entre otros aspectos.

Con esos dos elementos cumplidos, el operador jurídico debe comprobar si ese caso cumple con todas las exigencias de la hipótesis de la norma, si no existe alguna causa que lo deje fuera de su esfera de regulación. De no existir esa causa es que entonces se subsumiría el hecho de la norma, y se dictaría el correspondiente pronunciamiento.

La interpretación es necesaria en todo momento para la aplicación de la norma general, por cuanto conecta a esta con el hecho acaecido por medio de un acto mediador -conocer hecho y norma-.

La aplicación del Derecho debe consistir entonces en la culminación de un proceso lógico mental, que se da desde una regla general hasta la adopción de una decisión particular. La aplicación de las normas jurídicas se caracteriza, de este modo, como manifestación de la vigencia del Derecho. Pero el supuesto de hecho de la norma es siempre de carácter general en relación con la descripción del hecho al cual habrá de ser aplicado, surge entonces la necesidad de subsumir este último dentro de aquel, lo que se consigue mediante la interpretación.

Se hace necesario la interpretación, además, por el hecho de que en ocasiones la norma presenta un lenguaje no claro, que admite la coexistencia de varios sentidos, y aquí la interpretación en manos del juez es el instrumento ideal para que este valore la posibilidad más adecuada. Así también es el medio mediante el cual el juez mantendrá la constitucionalidad en sus sentencias, mediante la determinación del significado de los principios y valores establecidos en la Constitución puede obtener sentencia conforme a la norma suprema. En resumen, la interpretación se vuelve una premisa de la aplicación correcta y eficaz del Derecho, y ambos forman parte de su realización en la sociedad.

3.1.4.- El Intérprete jurídico. Un elemento esencial

Cuando se habla de intérprete se hace alusión a una especie de mediador, que comunica a los demás el significado o sentido, que según él o de acuerdo con cierto método poseen signos, cosas o acontecimientos. El

intérprete jurídico goza de la misma función, lo único que aplicada en específico al discurso jurídico, en otras palabras, es aquel sujeto que realiza la interpretación del Derecho, es quien dota de significado a los enunciados jurídicos.

La labor realizada por los intérpretes jurídicos reviste una enorme importancia, pues trabajan con el orden legal de una sociedad y de su labor depende la subsistencia de esta; esto no significa que para lograrlo actúen deliberadamente, la actividad interpretativa encuentra límites, en especial aquella que tiene aplicabilidad. Los primeros límites que se erigen son el respeto a la intención reguladora que se halla contenida en la norma, quedando prohibido en su actuar, rebasar o exonerar este límite, y el respeto a las normas supremas del ordenamiento jurídico.

Otro límite es el respeto a los valores que informan la disposición jurídica y al ordenamiento jurídico en general, incluso aquí entran en juego también los valores del propio intérprete que, indudablemente, influyen en su actividad interpretativa. Los principios del Derecho reconocidos por un ordenamiento jurídico constituyen una limitación para el intérprete, ya que influyen en los procesos de toma de criterios interpretativos, selección de reglas, análisis de las normas y del caso en concreto, así como en la posición del juez a la hora de elegir la norma aplicable y de tomar su decisión.

El ordenamiento jurídico de un país responde al sistema político que reina, en su normativa se reflejan y legitiman sus concepciones políticas e ideológicas; por ende, esas concepciones se erigen como límites que no pueden sobrepasar los intérpretes.

Los intérpretes deben detenerse ante estos límites en pos de ofrecerle a la ciudadanía el orden, la seguridad jurídica, legalidad, igualdad y justicia que merecen.

3.1.5.- Clases y métodos de interpretación jurídica: herramientas para su realización.

3.1.5.1.- Clases de Interpretación Jurídica.

Los análisis en torno a la interpretación han alcanzado también al tema de sus distintas clasificaciones, teniendo en cuenta disímiles indicadores.

En cuanto a las personas u órganos que intervienen en la interpretación jurídica, la doctrina⁵¹ analiza varias clasificaciones.

CAÑIZARES⁵² nos brinda una clasificación bastante completa, en la que quedan recogidos los elementos más importantes de la Interpretación Jurídica. La referida clasificación se realiza en base a tres criterios

⁵¹La mayoría de los autores se refieren a esta clasificación. Ver al respecto, PUIG PEÑA, Federico, Ob. cit, p. 135 a 137; SAVIGNI: "Los fundamentos de la Ciencia Jurídica", en SAVIGNI, KIRCHMANN, ZITELMAN, KANTOROWICZ: La Ciencia del Derecho, Una Revolución en la lógica del Derecho, Ed. Librería Bosch, Barcelona, España, 1933, pp. 79 y ss; TRELLES BOISSIER: Derecho Civil. Prontuario, La Habana, 1952, p. 13; CASASUS, Juan J. E.: Ob. cit., pp. 162 y 163; GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo: Ob. cit., pp. 208 y 209; GUASTINI, Ricardo: Ob. cit., pp. 19 y ss; FROSINI, Vittorio: La letra y el espíritu de la ley. 1ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 1995, p. 103; SORIANO, Ramón: Compendio de Teoría General del Derecho, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1986, p. 164; ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: Ob. cit., pp. 142 y ss.; GARCERÁN DE VALL, Julio: Ob. cit., p. 227; CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D.: Ob. cit., p. 211; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: Ob. cit., p. 210.

TAMAYO Y SALMORÁN refiere que la interpretación puede ser orgánica o no orgánica, en dependencia de si se realiza o no por los órganos aplicadores del Derecho. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando: El Derecho y la Ciencia del Derecho, 1ª ed., Ed. UNAM, México, 1986, pp. 157 y ss.

⁵²CAÑIZARES ABELEDO, Fernando: Ob. cit., pp. 69-71.

fundamentales que son los siguientes: el intérprete que la realiza, su extensión o alcance y, por último, el método que se emplea. Pasemos a ver cómo se desdoblán cada uno de estos criterios.

En cuanto al intérprete la interpretación puede ser:

- legislativa o auténtica
- judicial o jurisprudencial
- doctrinal, privada o libre

Las dos primeras entran dentro del grupo de las interpretaciones públicas u oficiales, y la última a las privadas como bien su nombre lo indica. La interpretación pública u oficial es aquella realizada por un órgano del Estado investido de la facultad para esto, la privada es la realizada por los teóricos del Derecho.

La interpretación legislativa o auténtica⁵³ es realizada por el propio autor de la norma jurídica, generalmente se produce cuando en la aplicación concreta de esta se suscitan determinadas discrepancias⁵⁴. Este tipo de interpretación, en su origen histórico aparece como exclusiva al segregarse las funciones legislativa y judicial, imponiéndose a los jueces la “absurda

⁵³Para GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo, la interpretación auténtica puede dividirse en legal o usual según que la nueva regla destinada a interpretar la precedente, revista la forma de ley o de costumbre. Más, consideran, que la llamada interpretación legal no reúne en realidad los caracteres de tal interpretación: es una nueva declaración de Derecho, que, aun refiriéndose a la inteligencia de otra ley, necesitará ser, a su vez, interpretada. Ob. cit., p. 209. LEGAZLACAMBRA, por otra parte, considera que la supuesta interpretación auténtica, más que una interpretación, es establecimiento de una ley nueva con efectos retroactivos. LEGAZLACAMBRA, Luis: Filosofía del Derecho. Ed. Bosch, España, 1953, p. 414.

⁵⁴Según PRIETO SANCHÍS, este tipo de interpretación es “aquella que realiza el legislador con el objetivo de aclarar una ley precedente, bien con la finalidad de lograr una unidad de criterios cuando se ha producido una jurisprudencia divergente, bien incluso con el propósito de imponer una cierta interpretación, o de cerrar el paso a alguna que pudiera resultar posible.” Ob.cit., p. 233.

prohibición de manipular o interpretar la ley, reservándose solo esta función al órgano o poder legislativo⁵⁵. En esta etapa de la historia la interpretación legislativa intentaba restringir formalmente a la judicial, partiendo de una concepción restringida, lo que no niega que en la práctica esta fuera una actividad habitual e inevitable.

No siempre, al elaborarse una norma en abstracto, esta se interpreta posteriormente en el sentido exacto que quiso darle su autor, de modo que puede verse obligado a dictar una ley interpretativa para corregir u orientar a los operadores jurídicos en su correcta interpretación según su sentido originario⁵⁶. Este tipo de interpretación puede convertirse en una vía eficaz para que desde el propio órgano legislativo se elimine, definitivamente, una laguna legal⁵⁷.

La Interpretación Judicial, como su nombre lo indica, es realizada por un órgano jurisdiccional para llegar a la decisión judicial de un caso concreto que ante él se presenta. Inicialmente, el juez debe determinar si la situación fáctica que se muestra en el caso puede subsumirse dentro de una norma determinada, es decir, la interpretación de la norma tiene como fin primero la tipificación de la norma aplicable y obliga al juez, por supuesto, a interpretar

⁵⁵DUALDE, Joaquín: Una Revolución en la lógica del Derecho. Ed. Librería Bosch, Barcelona, España, 1933, p. 24. Consultar también: DEL CUETO Y PASOS, José Antolín: Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales. Habana, 2 de septiembre de 1918, Cuba, p. 7 y ÁLVAREZ TABÍO, Fernando: "Tesis", en Legalidad y Justicia, ob. cit., p. 30.

Ante esta imposición razona RECASENSICHES que "es evidente que tales legisladores o no sabían lo que estaban diciendo -una descomunal estupidez- o querían decir otra cosa, probablemente querían decir que ordenaban una interpretación estricta y severa (lo cual en fin de cuentas, constituye también una tontería de gran tamaño). Sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico". RECASENSICHES, Luis: Ob. cit., p. 625.

⁵⁶"Aunque puede darse el nombre de interpretación auténtica a las llamadas Exposiciones de Motivo, en las que el legislador explica el significado de la ley, aquella generalmente se realiza a través de la llamada ley interpretativa, dictada por el legislador para aclarar algunos preceptos precedentes." PUIG PEÑA, Federico: Ob. cit., p. 136.

⁵⁷FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., p. 66.

paralelamente los hechos para determinar en qué hipótesis jurídica se enmarcan. Es además la instancia donde es más frecuente detectar lagunas legales que necesitan ser colmadas.

Debe tenerse en cuenta que el alcance de este tipo de interpretación, depende del sistema de Derecho en que se aplique y, por tanto, del sistema de fuentes. En el sistema de CommonLaw donde las decisiones judiciales se convierten en precedente, la labor interpretativa de los jueces adquiere fuerza legislativa y trascendencia para futuros procesos con carácter vinculante y obligatorio, lo que no ocurre de igual forma en el sistema Romano Francés, donde la interpretación de este tipo solo trasciende para el caso particular de que se trate.

En este último sistema, sin embargo, no puede olvidarse a la jurisprudencia⁵⁸ como fuente supletoria en aquellos ordenamientos que la acogen como fuente formal, donde la interpretación de los magistrados del tribunal de máxima instancia tendrá mayor alcance y trascendencia que el resto.

La Doctrinal o libre no reviste menos importancia para el tema que nos ocupa, aunque sus efectos no sean específicamente vinculantes, pero sí orientadores. Es la realizada por los juristas en general. Adquiere mayor trascendencia cuando se trata de profesores universitarios, y se refleja fundamentalmente en obras académicas con análisis y sugerencias para los operadores jurídicos. Brinda fundamentos científicos para el imprescindible perfeccionamiento que la dinámica social impone al Derecho. Desde este

⁵⁸La Jurisprudencia es considerada para GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo como la interpretación judicial por excelencia. Ob. cit., p. 209. Estos autores agregan además una forma de interpretación muy interesante a la que denominan total, siendo aquella efectuada mediante la cooperación orgánica del Estado entero, incluso los poderes públicos, p. 210.

punto de vista, de forma indirecta, su alcance puede ser también amplio desde la perspectiva de cuánto puede aportar al perfeccionamiento del Derecho y como fuente indirecta o guía teórica ante lagunas legales⁵⁹.

En cuanto a la extensión, el alcance o los efectos que produzca la interpretación, esta puede ser⁶⁰:

- declarativa⁶¹
- extensiva⁶²
- restrictiva⁶³

En cualquiera de estos sentidos puede ser utilizada la interpretación jurídica como herramienta intrínseca del operador del Derecho en la solución de las lagunas⁶⁴. PRIETO SANCHÍS⁶⁵ sostiene una interesante posición al respecto en relación con el criterio que divide la interpretación en declarativa y correctora, en el primer caso se hace clara referencia a la actividad interpretativa solo constreñida al significado central que en el lenguaje

⁵⁹FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., p. 66.

⁶⁰Esta clasificación es defendida por la mayoría de los autores. Ver PUIG PEÑA, Federico: Ob. cit., p. 137; GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo, manifiestan que la interpretación restrictiva y extensiva sirven para la rectificación de expresiones impropias, ob. cit., p. 213; GUASTINI, Ricardo: Ob. cit., p. 25; GARCERÁN DE VALL, Julio: Ob. cit., p. 233; BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio: Ob. cit., pp. 68 y 69; ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: Ob. cit., pp. 157 y ss; CAÑIZARES Abeledo, Fernando D.: Ob. cit., p. 212; FERNÁNDEZ BULTÉ: Ob. cit., p. 213.

⁶¹Se limita a declarar lo que dice la norma, *scripsiquamvoluit*. “Atribuye a una disposición su significado “literal”; o sea, el más inmediato, tal y como se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas”. GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J: Ob. cit., p. 189; PRIETO SANCHÍS, Luis: Ob. cit., p. 233.

⁶²Se extiende y amplía el contenido de la norma (de la hipótesis). En este caso se parte del supuesto de que el legislador quiso decir más de lo que dijo, *minusscripsiquamvoluit*. Este tipo de interpretación no se debe aceptar en las normas penales.

⁶³Se extrae de la hipótesis una parte, es decir, se reduce su ámbito de actuación, según el supuesto de que el legislador dijo más de lo que quería decir, *plus scripsiquamvoluit*.

⁶⁴FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., p. 67.

⁶⁵PRIETO SANCHÍS, Luis: Ob. cit., pp. 235, 266 y ss.

ordinario o jurídico se atribuye a las palabras del legislador. En el caso de la interpretación correctora esta incluiría a la extensiva y a la restrictiva.

3.1.5.2.- Métodos de Interpretación Jurídica.

Los métodos que deben o pueden utilizarse en la interpretación de la ley, son los que también aparecen enunciados en algunos tratadistas como elementos⁶⁶ y en otros como argumentos⁶⁷.

Los métodos de interpretación “no son fórmulas matemáticas a nuestra disposición para resolver correctamente una ecuación, sino que constituyen las herramientas que en su diversidad, pero armónicamente utilizadas, nos permitirán arribar a la solución, no solo legal, sino justa del caso”⁶⁸.

El profesor Fernández Bulté⁶⁹ plantea que cuando se habla de métodos, se hace referencia al “aparato lógico o sistema de conocimientos que se puede seguir para la mejor comprensión del sentido, alcance, contenido y fines de la norma jurídica”.

⁶⁶PUIG PEÑA, Federico: Ob. cit., pp. 134 y 135, este autor se afilia a la clasificación brindada por SAVIGNI: Los fundamentos de la Ciencia Jurídica, ob. cit., p. 83; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: Interpretación y Jurisprudencia, Estudio del Artículo 3.1 del Código civil, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, quien realiza una sistematización del tratamiento de los métodos en otros autores; GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo: Ob. cit., pp. 205 y 206; ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: Ob. cit., p. 150, quien agrega además el elemento sociológico y el real; RODRÍGUEZ MORILLO, Gonzalo: Aplicación judicial del Derecho. La lógica de la argumentación jurídica. Ed. Civitas, Madrid, España, 1988, p. 64.

⁶⁷En el caso de PRIETO SANCHÍS los refiere como argumentos. Ob. cit, p. 270. Este autor hace referencia a los argumentos gramatical, sistemático, histórico, psicológico, sociológico o evolutivo y teleológico, derivados todos de su enunciación más o menos directa en el Código Civil español. SORIANO, Ramón, por otra parte los refiere como criterios interpretativos, agregando el criterio teleológico. Ob. cit., pp. 166 y ss.

⁶⁸ASEFF, Lucía María: La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general, Ed. Juris, Argentina, 2004, p. 59.

⁶⁹FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: Ob. cit., p. 215.

Entre los más comunes podemos encontrar: el método gramatical o filológico, el lógico, el sistemático, el histórico y el teleológico.

➤ **Método gramatical**

El método gramatical, conocido también como filológico o literal, es aquel que se emplea para el conocimiento del significado de los términos utilizados en la norma jurídica. Este método es muy antiguo, data de la época romana, y fue prácticamente el único utilizado por los jueces para comprender los textos legales hasta la llegada del siglo XIX. La utilización de este método implica por el intérprete la cognición de la lengua en que está escrita esa norma jurídica y, además, también exige un conocimiento de las reglas gramaticales y lingüísticas de ese idioma. Pero este conocimiento va más allá del lenguaje natural, implica el dominio del lenguaje jurídico, o sea, la comprensión del significado de los términos propiamente jurídicos, lo que requiere conocimientos especiales.

Al decir de LINNET O'CALLAGHAN, este método es muy importante como punto de partida para el análisis que hace el jurista, lo primero es entender qué expresa la norma, y esto solo se logra mediante el entendimiento de su letra, pero de quedarnos solo con el análisis que nos brinda no arribaremos a una interpretación jurídica correcta o completa. El problema radica en que los vocablos pueden estar mal empleados en la disposición, pueden haberse utilizado de forma inadecuada, muy distantes de la finalidad que se quiso

con la norma, lo cual deriva en erradas interpretaciones si solo nos ceñimos a un análisis gramatical⁷⁰.

Otra limitación que debe resaltarse, es el hecho de que este método se centra en el significado de las palabras, y relega la conexión de estas con el resto del ordenamiento jurídico. Lo cierto es que las palabras sueltas, aisladas, por sí solas no tienen un sentido exacto e inequívocamente determinado, pues el sentido empiezan a obtenerlo dentro del contexto de las frases. Ni siquiera una frase tiene una significación determinada por sí misma, ya que su genuina trascendencia la alcanza dentro del contexto real en que es emitida.

El método gramatical⁷¹ es generalmente el primero al que se acude. Sin embargo, en ocasiones resulta insuficiente, sobre todo en los casos de normas oscuras e incompletas, debiendo combinarse con otros métodos interpretativos. Ante la presencia de lagunas, si esta se produce por ausencia de precepto normativo aplicable, el método gramatical resulta útil en tanto se utilice en la interpretación de las normas existentes a fin de determinar elementos similares como punto de partida para integrar a partir de la analogía⁷².

➤ **Método lógico**

⁷⁰O'CALLAGHAN VILASECA, Linnet: Ob. cit., p. 39-40.

⁷¹“se refiere, tanto a la significación de cada una de las palabras que forman el texto de la prescripción legal, como al orden que estas palabras guardan entre sí como parte de la oración y del discurso”. GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo: Ob. cit., p. 206. “El sentido verbal de la norma no es unívoco, el que tiene que ejecutarla se encuentra ante muchas significaciones posibles”. KELSEN, Hans: El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Versión del alemán por Luis Legaz y Lacambra, 1ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1933, p. 59. Ver también: DUALDE, Joaquín: Ob. cit., p. 61 y STAMMLER, Rudolf: El Juez. Traducción de Emilio Fernández Cámos, Ed. Cultural, S.A., Habana, Cuba, 1941, p. 48.

⁷²FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., p. 68.

El método lógico implica la utilización de la lógica para hallar el sentido y la finalidad de la norma; los razonamientos de esta ciencia se utilizan en pos de lograr ese objetivo. Es conocido también como el método de la *ratio legis*, en ocasiones lo encontramos como lógico-sistemático⁷³ por la razón de que generalmente estos métodos se usan juntos.

NINO considera que: “Las normas que un legislador sanciona, se insertan en un sistema integrado también por otras normas; por lo cual, de la combinación de las normas que un legislador dicta con las otras que ya pertenecen al sistema o formen parte de él en un futuro, podrán derivarse consecuencias no advertidas quizás por dicho legislador, o bien surgir problemas lógicos -como contradicciones, lagunas, redundancias- que no se presentan en las normas aisladas, sino una vez que entran en relación con el sistema jurídico”⁷⁴.

Este método consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes”⁷⁵.

⁷³“En esta dirección doctrinal, interpretar una ley será averiguar las consecuencias que de ella se derivan a tenor del texto de la misma, encajado en la totalidad del sistema legislativo y conforme a las orientaciones actuales del pensamiento social y jurídico”. PUIG PEÑA, Federico: Ob. cit., p. 134. SAVIGNI separa el método lógico del sistemático. Ob. cit., p. 83; en el caso de GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo, plantean que la diferencia entre los elementos o métodos lógico y sistemático se resuelve distinguiendo el elemento lógico en interno y externo. Ob. cit., p. 206. En el caso de GUASTINI, este autor se refiere a la interpretación sistemática como una técnica de interpretación correctora. Ob. cit., p. 43.

⁷⁴NINO, Carlos Santiago: Ob. cit., p. 248. “El elemento lógico de la interpretación de la ley no es, en realidad, cosa diferente del sistemático. Se trata, sencillamente, de entroncar el precepto jurídico en cuestión con el resto de los preceptos de una misma ley y de estudiar esta en su conexión con el todo legislativo y con las ideas dominantes en la época. A esto se le llama buscar la *ratio legis*, el espíritu y el motivo de la ley.” LEGAZLACAMBRA, Luis: Ob. cit., pp. 420 y 421.

⁷⁵VERNENGO, Roberto: La Interpretación Jurídica [en línea]. Disponible en: <http://html.rincondelvago.com/interpretacion-de-norma-juridica.html>, p. 5. Consultado el 12 de abril de 2010.

Mediante el método lógico obtenemos el significado del texto normativo equivalente a su razón de ser intrínseco, lo que puede extraerse del propio texto y es diferente de la razón o intención del legislador auténtico. Se ha planteado que para su utilización deben cumplirse algunas reglas como por ejemplo: la del argumento *a maiore ad minus* (el que puede lo más puede lo menos); *a minore ad maius* (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); *a contrario* (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás); *a paratione* (la inclusión de un caso supone también la de un caso similar).

➤ **Método sistemático**

El método sistemático juega con la idea de que la norma es una pieza dentro del ordenamiento jurídico de un país, por ende, tiene que verse en congruencia con las restantes piezas de ese orden. Las disposiciones jurídicas no son un mandato aislado, sino que responden al sistema jurídico normativo al que pertenecen, el cual está orientado hacia una dirección que debe tenerse en cuenta a la hora de realizar la labor interpretativa.

De esta forma, resulta que el significado del texto normativo se obtiene a partir de la comparación de una norma con otras relacionadas conceptualmente a la primera. Así se configuran dos tipos de métodos sistemáticos: el que es por ubicación de la norma y el otro por comparación con otras normas. El primero consiste en una comparación más próxima, con el resto de las normas de su misma clase o título normativo, se va al subconjunto de normas al que pertenece, a fin de su esclarecimiento mediante los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa. El sistemático por comparación es un procedimiento de interpretación que

consiste en esclarecer el significado de la norma, imputándole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y no en ella.

Considero que este método logra una interpretación acorde al sistema jurídico, pues se toma en cuenta la conexión de la disposición que debe interpretarse con todo el Derecho en que se encuentra situada. Es un método que coadyuva a mantener la armonía del sistema jurídico, ya que el sentido de la norma jurídica se obtiene de los principios que inspiran ese sistema, principios y consiguiente significado y sentido que, incluso, pueden ser advertidos con mayor transparencia del contenido de otras normas de ese sistema, además evita que la norma se desvíe de su dirección.

Dicho método resulta muy útil para solucionar las lagunas de la ley, ya que reconduce a la comprensión del ordenamiento como un todo sistémico, fundamento importante para la integración⁷⁶.

➤ **Método histórico**

El método histórico de interpretación tiene su fundamento en la concepción subjetiva antes analizada. Consiste fundamentalmente en la búsqueda de la *ratio legislatoris*, indaga en los antecedentes históricos de la ley y las condiciones concretas que impulsaron su promulgación. “Este método ha de usarse con cierta cautela, y nunca puede prevalecer contra el tenor literal de la ley o contra la conexión lógica del precepto o la oportunidad o justicia del resultado”⁷⁷. Es muy común que para su utilización se acuda a los documentos preparatorios y a los debates previos a la promulgación de las

⁷⁶FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., p. 69.

⁷⁷LEGAZLACAMBRA, Luis: Ob. cit., p. 421. Ver también: PÉREZ ALGAR, Félix: Ob. cit, pp. 53 y 54.

disposiciones normativas. Ante la presencia de lagunas su utilidad se vincula estrechamente a propósitos integradores. En este sentido resulta frecuente y útil que el intérprete en ocasiones intente colocarse en la posición del legislador para analizar cómo aquel hubiera regulado el supuesto de haberlo previsto. Existen autores que hacen coincidir este método con el exegético⁷⁸ resultado de la Escuela de la Exégesis, ya que estos tienen puntos comunes.

A partir de estos análisis, es necesario tener en cuenta, como asevera LUIS Recasens Siches⁷⁹, que “nunca ninguno de los que ofrecieron un estudio pluralista de los métodos, consiguió elegir, con razones plenamente justificadas, uno de estos métodos como el correcto y repudiar los demás”.

Como una reafirmación de este criterio, Savigni explica que “no se trata de clases de interpretación entre las cuales se puede escoger según el gusto y el arbitrio personal, sino de diferentes actividades que deben cooperar para que la interpretación pueda tener éxito. Bien es verdad que algunas veces será más importante y visible un elemento, y en otras ocasiones otro, de

⁷⁸Por ejemplo los profesores CAÑIZARES y FERNÁNDEZ BULTÉ los asimilan por el hecho de que ambos retornan a la revisión de los trabajos anteriores a la promulgación de la norma, pero coincido con RUGGIERO en que el método histórico es independiente al exegético, es mucho más amplio, no solo se queda en ese pasado reciente, va más allá, alcanza a las raíces, a los orígenes de la institución analizando su evolución histórica y social, es a partir de ese Derecho pasado que el jurista construye un mejor derecho presente.

⁷⁹RECASENS SICHES, Luis: Ob. cit., pp. 628 a 630. Este autor incluye dentro de dichos métodos, el literal, semejante al gramatical; el método objetivo, basado en la búsqueda de la *ratio legis*, el subjetivo, haciendo referencia a la *ratio legislatoris* y el subjetivo-objetivo como criterio que combina los dos anteriores. Expone también como métodos interpretativos el de la apelación a la costumbre, el analógico, el de la equidad y el de la referencia a los principios generales del Derecho. De este último análisis puede deducirse que el autor mezcla los métodos de interpretación con los de integración.

modo que será suficiente que la atención se dirija ininterrumpidamente hacia todas estas direcciones”⁸⁰.

Este método reviste gran trascendencia a la hora de realizar la interpretación, ya que el pasado de esa norma nos lleva al conocimiento de la verdadera intención con que fue creada su verdadera finalidad, nos permite valorar las circunstancias bajo las cuales nació dicha disposición. Es el elemento histórico precisamente, el que indica mediante la valoración anterior, los cambios que debe realizar el jurista cuando interpreta para aplicar esa norma jurídica en la situación actual en que se encuentra.

Sin embargo a pesar de su gran aporte, de los métodos de interpretación, el histórico es el único que adolece de falta de un carácter complementario; es decir, él solo no puede fundamentar una interpretación. Esto es así por el hecho de que no trabaja con la interpretación de la norma propiamente, sino que tiene como finalidad principal ahondar en sus razones y antecedentes. Por otro lado, el método histórico puede utilizarse para infectar a la norma de política, se presta para politizar a la disposición jurídica, por eso su uso debe ser suplementario, pues sus respuestas pueden estar condicionadas por un pensamiento político.

➤ **Método teleológico**

⁸⁰SAVIGNI: Ob. cit., p. 84. Plantea ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: Ob. cit., p. 151 que: “El arte verdadero de la interpretación reside en el equilibrio estable de todos sus elementos básicos”. Ver también: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J: Ob. cit., pp. 100 a 102; PRIETO SANCHÍS: Ob. cit., pp. 238 y ss y GUASTINI, Ricardo: Ob. cit., pp. 13 y ss. Emilio BETTI asevera que “La interpretación tiene siempre el oficio de vivificar mediante un incesante pensamiento, de actualizar y de volver a plantear de nuevo -siguiendo paso a paso el desarrollo de la vida social- las expresiones y las formulaciones superadas, confiriéndole su verdadero valor, sin separarse y sin prescindir del significado originario, adaptándolo lo mejor posible conforme a las exigencias de la actualidad, pero dentro del marco del sistema.” La interpretación de la ley y de los actos jurídicos, ob. cit, p. 138.

El método teleológico conocido también como finalista es aquel que procura llegar a la interpretación de la norma por medio de su fin, buscando en su espíritu, que es el propósito por la cual se incorporó al ordenamiento jurídico. Este método se enfoca en el objetivo seguido por la norma. En ocasiones es concebido como parte del método lógico, entendiendo que la finalidad se encuentra en la *ratio legis*, la cual se halla mediante la utilización de procedimientos lógicos y valorativos.

Los partidarios del procedimiento teleológico parten de la tesis de que el objetivo fundamental de la interpretación, solo se alcanza mediante el conocimiento de los fines o metas de esos preceptos.

Es visible después del estudio de cada método interpretativo del Derecho, que estos no se excluyen, por el contrario, se complementan y entre todos conducen a la interpretación correcta de la norma, por lo que es de vital importancia que su utilización sea armónica.

La imposibilidad de aplicación de un método de interpretación que excluya al resto, adquiere especial trascendencia frente al tema de las lagunas legales. Si bien en la búsqueda de la norma aplicable a un caso, se utilizan todos los métodos posibles, en presencia de una laguna, estos son imprescindibles en la indagación de la mejor solución.

El problema de las lagunas de la ley se detecta a partir de la interpretación; el operador jurídico, primeramente trata de buscar, interpretando las normas del ordenamiento, aquella que solucione el caso, si no la encuentra, entonces llegará a la conclusión de que existe una laguna y deberá

solucionarla utilizando las herramientas que le brinda el propio ordenamiento jurídico⁸¹.

De tal modo, en el caso en que el intérprete constate una laguna que no ha podido evitar durante el proceso interpretativo de subsunción del hecho dentro de la normativa preexistente, entonces será necesario que se acuda a la integración⁸². Aunque la interpretación estará inevitablemente presente en el proceso integrador, este no se agota en aquella, sería un error afirmar que con la interpretación se resuelve la laguna, desde este sentido aquella se convierte en una herramienta ineludible para el operador jurídico quien deberá acudir, sin más opciones, a integrar el Derecho⁸³.

3.1.6.- La Analogía: consecuencia de las lagunas del Derecho

Toca tratar, aunque sea someramente, algo relativo a la analogía como criterio de integración normativa. Esta palabra proviene del griego que significa “proporción”, “ semejanza”, “de conformidad con la razón”. Debemos entender por esta acepción, la relación de semejanza que se establece entre los elementos de cosas diferentes, la cual permite extender a una los

⁸¹FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., en nota 204, p. 70.

⁸²“Para que halla interpretación es necesario la existencia de una norma que contemple el caso, en cambio, cuando no hay norma, debe recurrirse a la integración”. CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D.: Ob. cit., p. 220. Ver también PUIG PEÑA, Federico: Ob. cit., p. 138; CASASUS, Juan J. E.: Ob. cit., p. 163 y GUASTINI, Ricardo: Ob. cit., p. 84 y 85.

⁸³Con respecto a la diferencia entre interpretación e integración se pronuncia la Sala Civil del Tribunal Supremo Popular cubano en su Sentencia N° 240 de 26 de marzo de 2009, siendo ponente la jueza Isabel Arredondo Suárez (Expediente 179-09 Casación administrativa), la que expresa en su segundo CONSIDERANDO: “...con lo que la quejosa realiza una explicación de dichos preceptos acomodaticia a sus intereses partiendo de presupuestos diferentes a los que aquellos taxativamente enumeran para finalmente instar la aplicación analógica de los beneficios que ofrece la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento de Viviendas Vinculadas y Medios Básicos, a lo que debe oponerse que, si bien es cierto que ante un supuesto vacío legislativo ha de asumir el órgano jurisdiccional un carácter creativo que se traduce en la integración del Derecho, en que, a diferencia de la interpretación no se trata de establecer el significado de un precepto sino de salvar el defecto o insuficiencia del material normativo, no lo es menos que tal supuesto no es asimilable en el asunto bajo examen...” Citada por FERRARI YAUNNER, Majela: Ob. cit., en nota 204, p. 70.

predicados de la otra. Para que dos cosas puedan ser consideradas similares es necesario que tengan una o más propiedades en común.

Ya sabemos que la analogía es una forma de autointegración del ordenamiento jurídico. Este método de razonar se basa en el principio lógico de: “Donde exista la misma razón debe haber la misma consecuencia”, pero esa razón no debe ser apenas coincidente, sino de tal naturaleza que haga indispensable la aplicación de la misma consecuencia.

La analogía se define como un “procedimiento de integración jurídica que consiste en aplicar, a un caso no previsto, la norma que rige otro caso semejante o análogo, cuando media la misma razón para resolverlo del mismo modo”⁸⁴ o “procedimiento argumentativo o razonamiento que permite aplicar una norma jurídica a un caso que la norma no regula, pero se asemeja al caso regulado por ella”⁸⁵.

La expresión “analogía jurídica” indica la operación realizada por el juzgador para aplicar, a un caso no previsto por el orden jurídico, las disposiciones normativas destinadas a regir casos similares. De esta forma tenemos que la analogía jurídica aparece dentro del complejo proceso de la aplicación del Derecho, se manifiesta, particularmente, en la sentencia jurisdiccional cuando se trata de aplicar una norma general a un caso concreto no previsto. La aplicación analógica es un medio mediante el cual el intérprete puede superar la eventual insuficiencia o deficiencia del orden jurídico.

⁸⁴CAÑIZARES, Fernando D.: Ob. cit. p. 220.

⁸⁵FERNÁNDEZ, Encarnación: Citada por Bulté. Ob. cit. p. 223.

Sentado lo anterior, es conveniente precisar que cuando hablamos de interpretación, estamos reconociendo la existencia de norma, aunque su sentido sea oscuro o contradictorio; en cambio, cuando hablamos de analogía, no existe disposición alguna sino que más bien se crea por medio de procesos de integración.

Podemos decir entonces que la analogía es un producto de la oscuridad de ciertas leyes o del hecho de la omisión de estas, a la hora de aplicarse a un determinado caso. El razonamiento analógico es, pues, uno de los medios hermenéuticos de que dispone el juzgador para colmar las lagunas del Derecho.

3.1.7.- La Argumentación Jurídica como discurso racional. Modelos históricos de la Interpretación Jurídica

La interpretación jurídica es sinónimo de argumentación jurídica, es por eso que algunos autores indistintamente usan los términos interpretación y argumentación para referirse al proceso que dota de significado a enunciados jurídicos. Interpretar es argumentar.

El modelo de discurso de la argumentación jurídica es una reacción a los fallos o deficiencias de otras concepciones o modelos alternativos. Los más importantes de estos últimos son el modelo de deducción, el de decisión, el hermenéutico y el de coherencia.

➤ Modelo de deducción

El modelo de deducción dice que la resolución de cualquier causa jurídica sigue lógicamente las normas válidas, junto con las definiciones de los conceptos jurídicos que se presupone que son sentencias empíricas y verdaderas. Muchas exposiciones de las grandes épocas de la jurisprudencia conceptual se aproximan a este modelo. Sin embargo, tenemos que dudar si fue en algún momento algo más que un programa o ideal. Resulta demasiado fácil probar que no es válido. Para hacerlo, son suficientes las referencias a la vaguedad del lenguaje jurídico, a la posibilidad de conflictos o enfrentamientos entre las normas, al hecho de que podría no existir una norma para la resolución de una causa determinada, y a la posibilidad de desarrollar la ley en contra de la formulación de la norma (lo que no puede excluirse totalmente de la mayoría de los sistemas jurídicos).

Por este motivo, ya no se propone el modelo de deducción como modelo global de aplicación del Derecho. En todas partes se destaca o se reconoce el papel creativo de aquellos que aplican la ley. Solo existen argumentos sobre si por lo menos las causas sencillas pueden resolverse por deducción, y si se debería postular que la solución de una causa difícil hallada por medios no deductivos, podría presentarse como deducción. Estas cuestiones, sin embargo, están relacionadas con la estructura de la argumentación jurídica y no con el modelo de deducción en el sentido en que se define aquí.

➤ **Modelo de decisión**

El modelo de decisión constituye una reacción al desmoronamiento del modelo de deducción. Presenta variaciones muy distintas, desde el Derecho Libre hasta las concepciones realistas y analíticas. Todas comparten la tesis de que el juez, cuando las razones autoritativas como las leyes parlamentarias y los precedentes lo permiten, deben resolver de acuerdo con las normas extrajurídicas. Esto fue formulado de manera muy clara por KELSEN, quien afirma que en las causas difíciles el juez, como legislador, tiene que resolver un problema de política jurídica⁸⁶. Al hacerlo, está decidiendo según su “libre discreción”. Su resolución está basada en un “acto de voluntad”⁸⁷.

➤ **Modelo hermenéutico**

En el centro del modelo hermenéutico desarrollado en el siglo XX, por GADAMER y BETTI, se encuentra la estructura de interrelación y comprensión. El concepto clave es el del círculo hermenéutico. Para la jurisprudencia alemana, son importantes tres tipos de círculos hermenéuticos.

El primero se ocupa de la relación de la denominada preconcepción y el texto. Una preconcepción es una hipótesis que tiene el intérprete que se acerca al texto. Esta hipótesis expresa la suposición o expectativa del intérprete en relación con la solución correcta del problema jurídico que debe resolverse. Su contenido está determinado por la concepción general que el intérprete tiene de la sociedad y por sus experiencias profesionales. La

⁸⁶KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*. 2da. Edición, Wein, 1960, p. 350. Citado por ALEXY, Robert: *La argumentación jurídica como discurso racional*, en “La crisis del Derecho y sus alternativas”. Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 223.

⁸⁷Ídem, (nota al pie de p. 5), p. 350

imagen del círculo tiene como objetivo señalar la interacción entre el texto de la norma y la hipótesis de interpretación.

Por una parte, sin una hipótesis de interpretación, no puede percibirse si el texto de la norma es problemático o no. Por otra parte, sin una hipótesis de interpretación tiene que examinarse en base al texto de la norma y con la ayuda de las normas de la metodología jurídica. El punto decisivo en este caso es que la teoría del círculo hermenéutico no dice nada sobre los criterios de confirmación o rechazo de la hipótesis de interpretación. Esta cuestión solo puede resolverse sobre la base de los argumentos, lo que ya indica que la teoría del círculo hermenéutico no puede sustituir a la teoría de la argumentación jurídica. No obstante, no carece de valor. Dirige la atención al problema de la contribución productiva hecha por el intérprete a la interpretación, haciendo posible y contribuyendo, por tanto, a una actitud crítica. Se puede afirmar, por consiguiente, que el círculo de la preconcepción equivale al postulado de la reflexión, que es de gran importancia para la teoría de la argumentación jurídica.

Esto mismo resulta válido para los otros dos tipos de círculos hermenéuticos. El segundo se ocupa de la relación entre la parte y el todo. Por un lado, para entender una norma es necesario entender el sistema de normas al que pertenece; por otro, no es posible comprender un sistema de normas sin entender cada una de las normas individuales de que se compone. Una vez más, solo nos encontramos con la formulación del problema, pero no con los criterios para su solución. El problema es la creación de unidad o coherencia. La argumentación sistemática se ocupa de esto. El postulado

del segundo círculo puede denominarse postulado de coherencia. El modelo hermenéutico incluye la idea del modelo de la coherencia, que trataremos más adelante.

El tercer tipo de círculo hermenéutico se ocupa de la relación entre las normas y los hechos. Las normas son abstractas y universales. Los hechos a los que se supone que se aplican son concretos e individuales. Las normas contienen solo unas cuantas características, los hechos un número potencialmente ilimitado. Por una parte, los hechos se describen por medio de las características contenidas en la exposición de los hechos de las normas, y por otra, las características de los hechos reales pueden hacer que no se aplique la norma originalmente supuesta sino otra, o que sea necesario añadir, precisar más, o rechazar una característica de la exposición de los hechos de la norma. Como los anteriores, este círculo solo ilustra un problema sin ofrecer criterios para su solución. Por lo menos, está claro que el problema solo puede resolverse si se consideran todas las características de los hechos al igual que las normas posiblemente aplicables. El postulado de este círculo puede denominarse postulado de lo completo. Exige que se tengan en cuenta todos los aspectos relevantes, estableciendo, por tanto, un criterio de racionalidad fundamental.

Considerando lo anteriormente expuesto, debe decirse que aunque el modelo hermenéutico presenta importantes perspectivas de la estructura de la interpretación jurídica e incluye los tres postulados fundamentales de racionalidad mencionados anteriormente, como solución al problema de interpretación correcta no es suficiente. Lo correcto de una interpretación

solo puede probarse mencionando las razones a favor y en contra. Por lo tanto, la afirmación: la interpretación es argumentación, es verdadera.

➤ **Modelo de coherencia**

El cuarto modelo gira en torno a la idea que ya constituía el principal punto de interés de la concepción hermenéutica: la idea de la unidad o coherencia. La coherencia es un elemento esencial de la racionalidad y, como se demostrará, no puede excluirse de la teoría del discurso jurídico racional. La idea de la coherencia se convierte en un modelo independiente únicamente cuando es la idea dominante. Entre las opiniones contemporáneas, debe mencionarse especialmente la “teoría de la integridad” de RONALD DWORKIN que, en los aspectos metodológicos es idéntica a la teoría de la coherencia: “El Derecho como unidad requiere que un juez verifique su interpretación de cualquiera de las partes del gran sistema de estructuras políticas y decisiones de su comunidad preguntándose si podría formar parte de una teoría coherente que justifique el sistema en su conjunto”⁸⁸. Un modelo en que la coherencia es el único criterio, o incluso el más importante y, por lo tanto, decisivo, para juzgar si una interpretación es correcta, representaría en sus consecuencias la idea del holismo jurídico, según el cual todas las premisas se encuentran incluidas u ocultas en el sistema jurídico y solo tienen que ser descubiertas. En contra de esta idea se podría aducir, sin embargo, que lo que se ha institucionalizado como sistema jurídico resulta siempre necesariamente incompleto. Al igual que cuando las normas no pueden aplicarse por sí mismas, el sistema tampoco puede crear

⁸⁸DWORKIN, Ronald: *Law’s Empire*. Cambridge Mass. Londres, 1986, p.245. Citado por ALEXY, Robert: *La argumentación jurídica como discurso racional*. Ob. cit, p. 229.

coherencia y unidad. Para hacerlo, las personas y los procedimientos resultan necesarios. El procedimiento necesario es el de la argumentación jurídica.

La revisión de los cuatro modelos demuestra que sería deseable contar con una teoría de la argumentación jurídica que resuelva el problema de la interpretación correcta o que, por lo menos, contribuya a encontrar una solución. El hecho de que sea deseable, significa necesariamente que sea también posible. Existen dos teorías posibles de la argumentación jurídica que no presentan ninguna dificultad: las empíricas y las analíticas. Las teorías empíricas describen las argumentaciones jurídicas que se han producido en realidad. Las analíticas intentan clasificar los razonamientos utilizados en la argumentación jurídica y analizar su estructura.

A partir de los contenidos estudiados en este capítulo, podemos afirmar que la Interpretación Jurídica es de vital importancia para el Derecho, no solo porque mediante esta dotamos de significado enunciados jurídicos, sino también porque la norma solo puede ser aplicada tras ser interpretada.

La interpretación es uno de los elementos fundamentales de todo el proceso de realización del Derecho, ya que tanto en el momento de creación de las normas, como en el momento de su cumplimiento o aplicación, se hace necesario una amplia tarea de interpretación.

3.2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. NECESIDAD Y EXIGENCIA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La Interpretación Constitucional es muy necesaria para comprender el significado de los preceptos constitucionales y para aplicar directamente la norma constitucional. Esta afirmación nos conllevó a trazarnos, como objetivo valorar, a partir de un análisis doctrinal, la trascendencia de la Interpretación Constitucional y la necesidad de una práctica adecuada de esta institución en nuestro país.

3.2.1.- Origen y rasgos esenciales de la Interpretación Constitucional

El Derecho y la interpretación han transitado juntos desde su surgimiento, y es que esta última constituye la condición para la realización del primero. Sin embargo, lo mismo no ha sucedido con la Constitución y la interpretación, desafortunadamente por mucho tiempo luego del surgimiento de las primeras Constituciones escritas⁸⁹ a finales del siglo XVIII, se vio la interpretación como un tema ajeno a la materia constitucional, transcurrió un siglo y medio, o sea, hasta los años cincuenta del siglo XX para que cambiara esta situación, y se elabora una Teoría⁹⁰ de la Interpretación de la Constitución.

⁸⁹El término Constitución es antiquísimo, data de la antigüedad, sin embargo en aquella época su manifestación distaba mucho de cómo lo conocemos hoy. Las Constituciones escritas con que contamos son un fenómeno bastante reciente, aparecen por primera vez en Estados Unidos tras la guerra de independencia de las Trece Colonias y la adopción de la Constitución de 1787; y posteriormente con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y la Constitución de 1791, tras la Revolución Francesa.

⁹⁰Entiéndase por Teoría todo un bagaje doctrinal al respecto, un tratamiento del tema valedero universalmente. No se niega la existencia de la actividad interpretativa constitucional antes del siglo XX, todo lo contrario, y como ejemplo encontramos la Sentencia del Juez Marshall en los Estados Unidos, en la cual se realiza una interpretación y aplicación de la Constitución de ese país, que sentó un precedente a seguir, por lo que queda demostrado que la actividad existía, a lo que nos referimos es a la falta de una sistematización de conocimientos de esta institución.

Entre los factores que determinaron la aparición tardía de los estudios sobre Interpretación Constitucional, encontramos que el mayor número de estudios sobre la interpretación del Derecho se concentraba en el ámbito de la filosofía jurídica; además, los principios de la interpretación jurídica se esbozaron en relación con los preceptos del Derecho privado, que tuvieron gran impulso con las grandes codificaciones del siglo XIX. A partir de entonces aparecieron numerosas escuelas acerca de la interpretación y una cantidad impresionante de estudios sobre el tema. Posteriormente, los estudios sobre la interpretación del Derecho se extendieron a las leyes penales y procesales.

La razón primordial por la cual se desechó el tema de la interpretación de los estudios constitucionales, obedeció a que la Constitución era un documento puramente político, apartado del mundo del Derecho, el ordenamiento comenzaba con la ley. La Carta Magna se erigía como Constitución “*de facto*”, de hecho, de acción; como principio configurador de lo político, la idea de la Constitución “*de iure*” era completamente inexistente.

En consecuencia, la Constitución solo podía tener una interpretación política, la que realizaba en virtud del principio de soberanía parlamentaria el órgano legislativo o parlamento; pero era imposible pensar en una interpretación desde un enfoque jurídico, porque simplemente la interpretación no se consideraba un fenómeno jurídico.

Con el constitucionalismo democrático del siglo XX la Constitución se erige como norma jurídica, y no como simple documento político. La nueva Constitución introduce elementos como las garantías constitucionales, las

cualeslepermitieron ir penetrando en el ordenamiento jurídico como la norma suprema, la que debe estar en correspondencia con el resto de las disposiciones jurídicas; empieza a contar, además, con una mayor rigidez que se traduce en un procedimiento de reforma más compleja y, a la vez, comienza a afirmarse el control de la constitucionalidad.

La aceptación de la Constitución como norma jurídica, y más aún, la admisión de su directa aplicabilidad, resultó un vuelco a la situación preexistente con respecto a su interpretación. La demostración de que las Constituciones, aunque provienen de un proceso y una voluntad política, y de que están encaminadas a construir un orden político en la sociedad son también un fenómeno del mundo jurídico, implicó llevar a ella el tratamiento propio de las normativas jurídicas.

Así surge la necesidad de abordar la interpretación del texto constitucional, pues no hay Derecho que no exija ser interpretado. Además, siendo ya una norma jurídica aplicable a casos determinados, exige ineludiblemente que se le interprete, pues toda aplicación del Derecho requiere una previa labor interpretativa.

A pesar de la llegada tardía de la interpretación al mundo constitucional, esta se robó el escenario al venir proclamando la creación de un tipo específico de interpretación para sus normas. Desde sus inicios se reclamó la utilización de postulados propios en materia interpretativa de la Constitución, diferentes a los de la interpretación de la Teoría General del Derecho, que hasta ese momento habían sido utilizados por el resto de las ramas del Derecho.

3.2.2.- Interpretación Jurídica y la Interpretación Constitucional ¿igual o diferente?

El planteamiento de una Teoría de la Interpretación de la Constitución no resultó un tema pacífico y aceptado por todos sin reparo. Dos vertientes surgieron al respecto, una alegando que la Interpretación Constitucional es un tipo de interpretación distinta de la jurídica⁹¹; y la otra negando tal independencia, e incluyéndola dentro de esta última, la cual según ellos se aplica al texto constitucional⁹².

El movimiento que afirma que la Constitución requiere de un tratamiento interpretativo propio, distinto al del resto de las normas jurídicas, tiene como base el criterio de que la norma constitucional es sustancialmente distinta de aquellas, que esta presenta peculiaridades que exigen que se le dé un tratamiento atípico. Los preceptos constitucionales tienen una naturaleza diferente al resto de las normas ordinarias, esto hace que ostenten el grado de supremos, e informen a todo el ordenamiento jurídico.

Según ellos la Constitución desde su origen, pasando por sus características, estructura, finalidad y rango, se distingue de las normas

⁹¹Este criterio lo comparten, entre muchos otros: FIX ZAMUDIO, Héctor: Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional. La jurisdicción constitucional, San José, Juricentro, 1993, p.135; LINARES QUINTANA, Segundo V.: La interpretación constitucional, Jurisprudencia, Argentina, Buenos Aires, año XXII, número 418, 22 de febrero de 1960, p.1; CARPIZO, Jorge: La interpretación constitucional en México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año IV, número 12, septiembre-diciembre de 1971, p. 384; Estudios Constitucionales, Universidad Autónoma de México, 2da edición, México, 1983, p. 68; PÉREZ ROYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional. 9na. Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2003, p. 135-136.

⁹²TAMAYO y SALMORÁN, Rolando: Ob. cit, p. 149-156, para quien la Constitución no es diferente en ningún aspecto respecto de cualquier otro tipo de materiales jurídicos, como los contratos y, por lo tanto, la Constitución debe interpretarse con los métodos que ofrece la interpretación jurídica. DE LUCAS, Javier: Ob. cit., p. 289; SABATER, Asensi: Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1996, pp. 189 y ss.

ordinarias; por ende, al igual que su creación y forma, su actividad interpretativa también debe ser diferente.

La otra vertiente sostiene que si la Constitución es Derecho, no hay razón entonces para hacer división y crearle un tipo de interpretación distinta de la que se formuló para el Derecho en general, y fue tomada por todas las ramas de esta ciencia. El escudo principal de esta vertiente es la destrucción de cualquier diferencia que se esgrima entre la Constitución y el resto de las normas jurídicas⁹³, de esta forma no tiene justificación la existencia de un tipo de interpretación específica para la Carta Magna. Si los preceptos constitucionales son iguales a las normas ordinarias, entonces están aptos para recibir el mismo tratamiento que estas.

Los integrantes de esta posición se niegan de forma rotunda a reconocer las peculiaridades que se le atribuyen a la Constitución, consideran que existe una unidad básica del ordenamiento jurídico, y cualquier distinción que se realice de sus componentes lacera dicha unidad. Alegan que la Interpretación Jurídica es un proceso riguroso y cuenta, además, con métodos que le imprimen a su resultado cierta certeza, por lo que no hay motivo para buscar un nuevo tipo de interpretación si la tradicional brinda toda la seguridad necesaria.

Esta posición es comprensible, y tiene su razón en el hecho de concebir a la Constitución como lo que es, parte del Derecho, y con esto tratar de preservar la unidad del ordenamiento jurídico. Ahora sí le es criticable el

⁹³TAMAYO y SALMORÁN, Rolando: Ob. Cit., pp. 149-156.

hecho de querer ocultar una realidad que se impone, y es que la Constitución no es una norma ordinaria, es una norma peculiar, única que indiscutiblemente presenta notables diferencias con respecto a las demás normas, y por esto requiere un tratamiento único.

Después de haber visto las dos posiciones en torno a la especificidad de la Interpretación Constitucional, me afilio a la primera, y pienso que realmente sí constituye un tipo de interpretación distinta de la del Derecho, que goza de autonomía e independencia, que cuenta con postulados propios; a pesar de que mantiene una relación estrecha con la interpretación jurídica.

Para afirmar que la Interpretación Constitucional es un tipo específico de interpretación, distinta a la jurídica, se hace necesario demostrar que las normas constitucionales precisan de dicha especificidad y, que por tanto, son diferentes al resto de las normas del ordenamiento jurídico.

3.2.3.- Elementos de distinción de las normas constitucionales

Antes de establecer los elementos que distinguen las normas constitucionales de las normas ordinarias, se hace necesario precisar el concepto de las normas constitucionales.

Debemos considerar las normas constitucionales a todos los preceptos de mayor jerarquía, situados en la cúspide de todo ordenamiento jurídico, y que

en su conjunto forman lo que el ilustre constitucionalista francés MAURICE HARIOU ha calificado como superlegalidad constitucional⁹⁴.

Las normas constitucionales serían, entonces, aquellas que refrendan las bases de la estructura de la sociedad y el Estado, los principios de organización, sus objetivos, las tareas básicas del Estado y las direcciones de su política, los principios que establecen las relaciones entre el individuo y el Estado, el mecanismo de ejercicio del poder estatal y la dirección de los asuntos del Estado y de toda la sociedad.

Las normas constitucionales forman las instituciones más importantes del Derecho, las que, en última instancia, son determinantes para que las demás ramas del Derecho puedan regular otras relaciones sociales.

En cuanto a la diferenciación entre las normas constitucionales y las normas ordinarias, desde un punto de vista lógico-normativo, el ilustre jurista vienes HANS KELSEN estableció una diferenciación muy clara por medio de una jerarquía normativa conocida con el nombre significativo de “pirámide jurídica”, de acuerdo con la cual existe un escalonamiento de todas las disposiciones jurídicas, a partir de las individuales, que se encuentran en la base, y se va ascendiendo en jerarquía y abstracción hasta llegar a la cima

⁹⁴Principios de derecho público y constitucional, trad. De Carlos Ruiz Castillo, 2da. Ed., Madrid, s.f., o. 304 y ss. Citado por FIX ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge: Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano, en AA.VV.: La Interpretación Constitucional [en línea], 1975, ob. cit., en nota 27, p. 16.

que está coronada por una norma hipotética fundamental, que sirve de apoyo y fundamento de validez a todo el edificio ⁹⁵.

Pero la diferenciación no es únicamente de carácter lógico, sino también en cuanto a su origen, ya que con excepción de las que forman parte del sistema flexible, son producto de un órgano especial que recibe el nombre de Poder Constituyente, titular de la soberanía nacional, órgano de creación constitucional que puede concebirse como el poder político fundamental que en un momento dado representa los valores esenciales de la sociedad y los cristaliza en un documento o conjunto de documentos, que en su aspecto externo configuran la Ley Fundamental o Constitución escrita.

Además del Poder Constituyente, se establece en la mayoría de las Constituciones escritas, un procedimiento dificultado de reforma, para otorgar cierta permanencia a los postulados fundamentales y, al mismo tiempo, evitar su absoluta inmutabilidad, encomendando a ciertos órganos constituidos la elaboración y aprobación de estas modificaciones; sistema que ha recibido el nombre de “constituyente permanente” o “poder reformador de la Constitución”. El procedimiento de reforma presenta requisitos formales, al contrario del previsto para las normas ordinarias cuya reforma no presenta tantas exigencias. De inicio, solo analizando su origen y reforma podemos percatarnos de que no es una norma común, que sí tiene particularidades.

⁹⁵Teoría general del Estado, trad. De Luis LecambraLegaz, México, 1951, p. 304-305. Citado por FIX ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge: Ob. cit., en nota 28, p.16.

En cuanto a su estructura normativa también discrepa de las demás normas, es creada no para regular comportamientos humanos y la respectiva consecuencia de su no cumplimiento, objeto de las normas ordinarias; sino para ordenar políticamente una sociedad. La Constitución tiene un contenido que la hace superior, es quien atribuye funciones a los órganos del Estado, proclama los derechos fundamentales y libertades de la persona humana y contiene, además, el procedimiento de cambio de sus propios preceptos, el cual está encaminado a proteger ese contenido. Su función, por ende, es cualitativamente diferente a la de las otras normativas, es ella quien pone límite al poder en relación con los ciudadanos, asegurándoles estos ciertos derechos y el buen funcionamiento del Estado.

La Constitución aparte de contener normas, incluye también principios y valores que son los que informan no solo al resto del ordenamiento jurídico, sino también a la sociedad en general, por esto se encuentra en la cúspide de dicho ordenamiento, y es guía obligatoria para la actuación de gobernantes y gobernados. De esta forma, se vuelve el medidor de la existencia de normas y actos, pues si estos contradicen lo dispuesto por la norma suprema son anulados. Es imposible, con tal poder, situarla en la misma jerarquía de una norma ordinaria, si es ella quien determina la existencia de esta última.

Estos aspectos de la norma constitucional son los que determinan la supremacía de la Constitución, de modo que todas las disposiciones que integren el ordenamiento jurídico y todos los actos que regulan deben conformarse a los postulados de la Ley Fundamental.

Todo lo anterior vuelve a la Constitución una norma más abierta y compleja, con una terminología más técnica e indeterminada, lo cual la hace requerir para su comprensión de la utilización de mecanismos que se encuentren acorde a sus exigencias, y de intérpretes con una elevada preparación y conocimiento.

Al decir de MARTHA PRIETO, propician la distinción entre ambos temas interpretativos, el objeto de la interpretación, unido al hecho de que la interpretación constitucional es una interpretación de límites, en tanto decisión tope y definitiva respecto a las disposiciones infraconstitucionales, así como las significativas consecuencias axiológicas, políticas e ideológicas de sus resultados, ya sean de efectos particulares o generales⁹⁶.

Por las razones expuestas, comparto la opinión de los autores que afirman que la Interpretación Constitucional es distinta a la Interpretación Jurídica; la Constitución realmente es una norma única, con rasgos que la hacen especial y necesita, por tanto, que su actividad interpretativa sea también específica, acorde a sus características, que hacen que esta sea una norma suprema. La Constitución no puede ser interpretada igual que una norma jurídica ordinaria, cuando los procesos de interpretación de ambas se dirigen a fines diferentes, mientras que la Interpretación Jurídica está encaminada a la mejor solución de un caso, la Interpretación Constitucional tiene varias finalidades que no son exclusivamente la solución de una controversia; contiene principios propios aplicables solo a esta, pues están diseñados

⁹⁶PRIETO VALDÉS, Martha: Ob. cit., p. 140.

según sus requerimientos, con intérpretes determinados preparados para esta labor y métodos capaces de llegar a su finalidad.

Ahora bien, esto no significa que la Interpretación Constitucional y la Interpretación Jurídica sean adversarias, por el contrario entre estas existe un vínculo muy estrecho, solo que las particularidades del texto constitucional hacen necesario la existencia de un tipo específico de actividad interpretativa que responda a sus características. Esa relación cercana entre ambos tipos de interpretación se evidencia, en el hecho de que la más joven de estas bebe de la teoría de la otra, utiliza sus elementos; es por esta razón que un estudio de Interpretación Constitucional debe tener como precedente el estudio de la Interpretación del Derecho.

La Interpretación Constitucional utiliza las reglas de la Interpretación Jurídica, estas le son necesarias, pues le brindan los conocimientos básicos, indispensable para comenzar a penetrar en el sentido y alcance de un fenómeno tan complejo como la Constitución. Pero estos conocimientos son básicos, cardinales; nos sitúan en un punto determinado, pero no llegan a abarcar la dimensión del precepto constitucional. Se torna inevitable, entonces, acudir a las reglas creadas acorde a las exigencias de la norma suprema.

Como apunta el jurista Fix Zamudio, la Interpretación Constitucional “si bien participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica, posee aspectos peculiares que le confieren una autonomía tanto doctrinal, como de carácter práctico, ya que resulta, en términos generales, considerablemente

más difícil y complicado captar el pleno sentido de una norma fundamental que desentrañar el significado de un precepto ordinario.

En efecto, en la hermenéutica constitucional, además de los principios generales de la interpretación, se requieren conocimientos técnicos muy elevados y, además, de un alto grado de sensibilidad jurídica, política y social para poder penetrar en el profundo sentido de las disposiciones fundamentales⁹⁷.

En conclusión, la utilización de las reglas de interpretación tradicionales “son condición necesaria pero no son suficiente para la interpretación de la Constitución”⁹⁸. Existe una relación, pero en la que cada una cuenta con su autonomía.

3.2.4.- Ventajas y necesidad de la Interpretación Constitucional. Sus diferencias con la interpretación desde la Constitución

La Interpretación Constitucional está apoyada en diversos criterios que son los que le permiten al intérprete arribar al resultado más cercano a lo que se constituye como el objetivo principal de la norma suprema, que es la defensa de la libertad y dignidad del hombre.

Estos criterios a los que hacemos mención son todos aquellos elementos de la sociedad que la Constitución no solo trata de regular, sino de los que es fiel reflejo. Está demás explicar el político y el jurídico ya que quedan

⁹⁷FIX ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge: Ob. cit, p. 21.

⁹⁸CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: Ob. cit., p. 143.

manifestados en la Ley de Leyes, pero lo cierto es que a la hora de interpretarla debemos tenerlos presentes. Factor también importante es el histórico, que muestra los antecedentes más remotos y los próximos, las tradiciones de ese pueblo que nos evidencian los motivos de las cuestiones reglamentadas, así también se ha de tener en cuenta razonamientos de índole económica y social. La Interpretación Constitucional además es una actividad contextualizada, por lo que hay que observar el contexto histórico en que se encuentra en el momento de realizarla.

La Constitución es la guía para la gobernación de una comunidad, esa gobernación implica decisiones en las disímiles esferas de la realidad de esa sociedad, las cuales están relacionadas unas con otras; por ende, en el momento de interpretar la norma suprema debemos analizar los diversos elementos de esas esferas de una forma conjugada para obtener una respuesta correcta, claro todo esto debe hacerse sin dejar de tener en cuenta la Concepción Materialista Dialéctica.

De esta forma, la Interpretación Constitucional o de la Constitución consiste en aquel proceso que, teniendo su base en criterios lógicos, históricos, dialécticos, jurídicos, políticos, económicos y sociales, dota de significado a los preceptos constitucionales de un país.

La diferencia existente entre la Interpretación Constitucional o de la Constitución e Interpretación desde o conforme a la Constitución⁹⁹, radica en que la Constitución como sabemos es la norma suprema del ordenamiento jurídico de una sociedad, y lleva en su contenido los principios y valores que

⁹⁹DE LUCAS, Javier: Ob. cit., pp. 295-296.

informan al resto de dicho ordenamiento, de esta forma las disímiles disposiciones jurídicas deben ser interpretadas en consonancia con los preceptos de la norma de rango superior; a esto es a lo que se refiere el enunciado interpretación desde o conforme a la Constitución. El resultado que se busca con este tipo de interpretación no es precisamente dotar de significado la normativa constitucional, aunque esta labor es necesaria y de hecho se realiza; lo que se pretende es interpretar una norma infra constitucional para un determinado fin, y para esto se interpreta la Constitución para constatar si esa norma inferior no la contradice.

La tarea interpretativa en torno a la Constitución puede ir dirigida a diferentes destinos, entre los que podemos encontrar: orientación, control de la constitucionalidad de las leyes u otros actos normativos y aplicación. Nos encontramos ante la orientación, cuando se dota de significado a un precepto constitucional, se busca la comprensión teórica del mismo, sin necesidad de estar ligada a una contingencia real. El control de la constitucionalidad de las leyes u otros actos normativos, lo apreciamos cuando interpretamos la norma suprema para analizar si alguna norma inferior a la Constitución o algún acto contradice o viola sus preceptos, este es el caso más frecuente. La aplicación es aquella dirigida a la resolución de un caso concreto que requiere la aplicación de un precepto constitucional¹⁰⁰.

¹⁰⁰Esta aplicación puede ser por ausencia normativa, por inconstitucionalidad del precepto infraconstitucional o para la declaración de inconstitucionalidad de una norma de rango inferior.

Existen autores que sostienen que la Interpretación Constitucional, tiene como finalidad la defensa de la Constitución únicamente¹⁰¹, encaminándose solo a proteger los preceptos de la misma pero nunca a una posible aplicación. Este criterio responde a aquellos juristas que no reconocen a la Constitución como norma jurídica directamente aplicable, hoy en día estos razonamientos son los menos, ya que la normatividad y aplicabilidad de la norma constitucional ha quedado suficientemente demostrada.

La Interpretación Constitucional, entendida en el sentido más lato, es necesaria cada vez que ha de aplicarse el Derecho, así como también cuando ha de darse respuesta a una cuestión que la normativa ordinaria no responda o de tipo constitucional que el propio texto no expresa directamente, con el objetivo de hallar el resultado constitucional adecuado, y que a través de un procedimiento racional y controlable produzca una autointegración del Ordenamiento jurídico. Igualmente, es necesaria la Interpretación Constitucional a los efectos de contrastar hasta qué punto las disposiciones infra constitucionales se desarrollan entre los marcos y límites que prevé la Constitución a fin de asegurar su supremacía¹⁰².

Siendo la Constitución el soporte principal del ordenamiento jurídico, la interpretación de esta se constituye en una actividad de gran trascendencia en el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico como un todo y a los fines de la preservación del Estado de Derecho. En manos del intérprete

¹⁰¹MERINO BRITO, Eloy: La Interpretación Constitucional. Jesús Montero. Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros, Volumen CXXXIII, La Habana, 1949, pp. 29-34.

¹⁰²PRIETO VALDÉS, Martha: Ob. cit., p. 140.

constitucional está el poder de “modificar, anular o vivificar la Constitución. Puede hacer que el sistema agonice o resplandezca”¹⁰³.

Comparto la opinión de O'CALLAGHAN VILASECA¹⁰⁴, cuando expresa que la ausencia o mala interpretación constitucional trae consigo la inestabilidad de la norma jurídica fundamental, pues no existiría una uniformidad en cuanto a lo que se cree que es el significado de sus preceptos, lo cual afecta la seguridad jurídica, porque ella regula la vida de los ciudadanos. Mientras que la reforma puede conllevar a la contradicción con lo que el constituyente dejó plasmado, la interpretación bien realizada cumple la voluntad de este, y se convierte en garante principal de la supremacía de su obra.

3.2.5.- Distinción entre valores y principios constitucionales. Peculiaridades de su interpretación

El estudio de las normas constitucionales plantea problemas de interpretación especialmente significativos, debido entre otras cosas, a los valores que incorporan y a los principios que de estas pueden extraerse como fundamento de otras reglas jurídicas.

La positivación de los valores y principios, es decir, su inclusión en normas jurídicas constitucionales, que son las normas supremas del ordenamiento y que tienen eficacia directa, no permite, en primer lugar, eludir su aplicación ni, en segundo término, realizar cualquier interpretación valorativa. Por otra

¹⁰³CARPIZO, Jorge: Ob. cit., p. 69.

¹⁰⁴O'CALLAGHAN VILASECA, Linnet: Ob. cit., p. 56.

parte, la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas deben ajustarse a un orden de valores previo y determinado, que está descrito en la Constitución.

Además, los principios de los cuales se han de extraer reglas también deben responder a estructuras constitucionales claras e indiscutidas. Los valores y principios toman así un carácter institucional que ha de impregnar las reglas jurídicas tanto a nivel estructural como funcional.

En numerosas ocasiones, la doctrina ha utilizado indistintamente los términos “principios” y “valores” identificándolos en el fondo con la estructura normativa de los “conceptos jurídicos indeterminados”. Sin embargo, los valores no son idénticos a los principios ni en su estructura ni en su función y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se muestra insuficiente para realizar la interpretación de valores y principios. Se impone, pues, precisar qué son valores y qué son principios, cuál es su estructura jurídica y qué función constitucional adoptan.

Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valores y reglas están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse mediante una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales y, una vez determinados, tienen proyección normativa, consisten, pues, en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional (salvo excepciones como la del principio de legalidad),

pero que pueden fácilmente deducirse mediante una interpretación estructural y sistemática.

➤ **Función constitucional de los valores**

Los valores tienen una función fundamentadora, ya que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento; una función orientadora, dirigiendo al ordenamiento hacia metas o fines predeterminados, y una función crítica, porque sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas.

Los valores incorporan contenidos materiales a las Constituciones, asegurando en este sentido la unidad del ordenamiento, y legitiman el Derecho, complementando la finalidad integradora de la Constitución.

En esencia, podemos afirmar que los valores:

- Incorporan contenidos materiales a la Constitución
- Tienen varias funciones: orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, tanto en la producción de normas como en su interpretación
- Delimitan el significado de las normas
- Determinan entre sí una relación de complementariedad que no permite establecer jerarquías entre ellos
- Permiten superar las aparentes antinomias, incorporando al análisis constitucional la finalidad integradora propia de las Constituciones consensuadas

Los principios constitucionales, una vez determinados, adquieren proyección normativa y, al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos. Ya desde SAVIGNY, los principios jurídicos se configuran como instituciones con valor normativo, admitiéndose que en el Derecho, además de reglas y de valores, existen principios que precisamente identifican a cada ordenamiento concreto. Y si los principios son importantes en la interpretación jurídica, mucho más lo van a ser en el campo de la interpretación constitucional, ya que su objeto está materializado en las Constituciones. La determinación de la estructura jurídica y la función constitucional de los principios facilitará la interpretación y aplicación que de estos deba realizar el intérprete constitucional.

➤ **Estructura jurídica de los principios**

Hemos definido los principios como instituciones con proyección normativa de las cuales se extraen reglas jurídicas. Algunos de los principios están positivados en la Constitución (el de legalidad, por ejemplo); otros no están formulados expresamente, sino que han de deducirse en una interpretación operativa a partir de las reglas constitucionales (como, por ejemplo, el principio democrático, que se extrae de la estructura constitucional), que deberán ser concretadas a partir de los principios deducidos. Por otra parte, existen también principios que tienen una dimensión histórica que ha venido siendo reconocida regularmente como propia de todo sistema jurídico.

La estructura de los principios constitucionales como instituciones jurídicas inferidas de interpretaciones operativas, de las cuales han de extraerse nuevas reglas jurídicas e interpretarse las vigentes, se mantiene constante, siendo precisamente esta estructura de germen de reglas, el elemento caracterizador e inmutable de todos los principios y si en su totalidad tienen idéntica estructura jurídica, es evidente que no puede existir entre ellos orden jerárquico alguno a nivel estructural.

En las operaciones de deducción de los principios se revela sumamente importante la labor del intérprete, tanto más importante como vinculante sea su función interpretadora.

Los principios constitucionales tienen las siguientes características estructurales:

- Son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales
- Constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados
- Contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predictibles
- Sus elementos estructurales son permanentes
- Entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural

➤ **Función constitucional de los principios**

Los principios, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen con una función informadora de todo el ordenamiento. Esta función

es más concreta que la realizada por los valores (de ahí su diferencia funcional), ya que a partir de su mayor grado de precisión (pues, aun cuando son indeterminados, son predictibles), los principios ofrecen mayores argumentos para decidir el significado concreto de una regla.

Así, también, de los principios se extraen reglas aplicables a los casos concretos, y la posible transmutación de los principios en reglas supone el ejercicio de diversas opciones de política legislativa. Corresponde, pues, al legislador concretar los principios constitucionales en reglas y al intérprete jurisdiccional aplicar las reglas inferidas de estos, pero con menor grado de discrecionalidad que el legislador, ya que el contenido material de los principios determinará el sentido de las reglas durante el proceso de interpretación. Los principios han de deducirse de las reglas constitucionales.

En consecuencia, dado el valor normativo de los principios constitucionales, podemos afirmar también que estos principios, como parte integrante de la Constitución, tienen en primer lugar una función positiva por medio de su categoría informadora del ordenamiento y, en segundo término, una función negativa que se concreta mediante la fuerza derogatoria de la Constitución, y, por tanto, depuran el ordenamiento garantizando que el contenido material de las normas jurídicas se ajuste al previsto constitucionalmente.

En resumen, la función constitucional de los principios puede concretarse en que:

- Tienen eficacia directa

- Permiten extraer las reglas aplicables al caso concreto
- Su función positiva consiste en informar el ordenamiento
- La función negativa comporta que tengan fuerza derogatoria
- Su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisoluble
- Facilitan, a partir de su transmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa.

Una vez determinada la estructura jurídica y la función constitucional de valores y principios, es necesario precisar las peculiaridades de su interpretación como componentes del orden constitucional y configurar su aplicación por el intérprete legislativo o jurisdiccional.

➤ **Peculiaridades de la interpretación de los valores y principios constitucionales**

La interpretación de los valores y principios constitucionales ha de seguir las reglas generales de la interpretación jurídica. Sin embargo, de su estructura normativa y de su función constitucional se desprenden una serie de peculiaridades, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Tanto valores como principios tienen, respectivamente, una estructura jurídica estable y permanente, mientras que, por otra parte, su función constitucional es flexible y dependiente de múltiples circunstancias que pueden generar una pluralidad de opciones.

- Su carácter normativo e institucional vincula a todos los poderes públicos y a los particulares.
- La estructura de los valores como metanormas y de los principios como gérmenes de reglas origina una vinculación especial del legislador, al imponerle como límite a su actuación que todas las leyes y los reglamentos deben respetar el orden de valores y principios derivados de la Constitución.
- El contenido material expresado en los valores y principios constitucionales, a partir de la función fundadora, orientadora y crítica de los primeros, e informadora de los segundos, pretende asegurar que el contenido material del ordenamiento jurídico esté de acuerdo con el orden material establecido en ellos, careciendo entonces de legitimidad las normas jurídicas que no respondan a ese orden de valores y principios (aun cuando su proceso de formación estructural haya sido formalmente correcto), ya que quebrarían la finalidad integradora de la Constitución.
- Cuando entre los valores subyacentes a las normas exista conflicto o, en su caso, lo exista entre los principios extraídos de estas (lo cual no es difícil en las Constituciones de integración, ya que comportan valores y principios contrapuestos entre sí precisamente para facilitar el consenso), debe encontrarse una interpretación que no anule ninguno de los valores o, en su caso, principios.
- Ni entre principios por un lado, ni entre valores superiores por otro, podemos establecer un orden jerárquico interno, ya que la Constitución no lo determina. Lo que sí determina la Constitución es una jerarquía entre los

valores superiores y los principios, puesto de que al configurar a los primeros como superiores de todo el ordenamiento jurídico, deben ser el fundamento de todos los principios y reglas jurídicas. A la inversa, podemos afirmar que los principios tienen una relación de complementariedad con respecto a los valores superiores, puesto que ambos son determinantes para la concreción de las reglas.

3.2.6.- Elementos del proceso interpretativo de la Constitución: principios, parámetros, límites e instrumentos

Ya vimos que la interpretación es un proceso de gran trascendencia, no solo por lo que implica dentro del universo jurídico, sino porque al ser la Constitución reflejo de la vida de una sociedad, su interpretación también trae consecuencias para esta. A fin de impedir que esas consecuencias sean de tipo negativo, el proceso interpretativo de la Constitución no se ha dejado libre, sino que se halla sujeto a determinados elementos que actúan para controlar su desarrollo, y lograr que este sea razonable, engendre certeza jurídica y arroje una respuesta correcta.

A tales efectos se instituyeron una serie de principios, parámetros, límites e instrumentos que deben observarse en la realización de la labor interpretativa de la Constitución, mecanismos que buscan una uniformidad en la práctica interpretativa constitucional y un poco la descontaminación de esta, de las valoraciones individuales del intérprete, al tener este que

seguirse por presupuestos establecidos previamente. Veamos a continuación cada uno de estos elementos.

▪ Principios de la Interpretación Constitucional

Los principios son un conjunto de pautas en los que debe inspirarse el intérprete constitucional a la hora de realizar su labor, y están diseñados acorde a las características de la Constitución. Estos principios dotan de seguridad la labor interpretativa de la Constitución, pues se erigen como modelos que deben seguirse en su realización, por otro lado, pueden llegar a constituir el argumento que justifique el resultado obtenido. Existe un variado número de principios, algunos son constantes en la exposición del tema por la mayoría de los autores, otros son tratados solo por algunos¹⁰⁵, a los efectos de su importancia he expuesto aquellos que considero más significativos.

➤ Principio de Unidad de la Constitución

Este principio exige que la Interpretación Constitucional tenga presente que la Constitución es un cuerpo normativo que se erige como un todo, como una unidad, sus disposiciones no pueden verse de forma aislada, sino como integrantes de una totalidad estrechamente vinculada, y deben ser interpretadas de forma coherente con el resto de la preceptiva constitucional.

¹⁰⁵Podemos observar estas diferencias si analizamos por ejemplo PÉREZ ROYO, Javier: Ob. cit., p. 142. DE LUCAS, Javier: Ob. cit., pp. 294-295; SABATER, Asensi: Ob. cit., p. 195-197; FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel: “La interpretación de la norma jurídica” [en línea]. Disponible en: <<http://www.ilustrados.com/publicaciones/EPyuAFIEZukOpwXVXy.php>>, p. 10. Consultado el 20 de enero de 2010.

➤ Principio de Concordancia Práctica

Este principio es consecuencia del anterior, si la Constitución es un todo no hay cabida a lo contradictorio, la concordancia práctica precisamente está encaminada a buscar la mejor realización de la interpretación de aquellos preceptos constitucionales que, en la práctica, puedan presentar cierta contradicción. Hay normas constitucionales que por su naturaleza pueden, en un determinado momento o en una determinada situación, caer en contradicción, así por ejemplo podemos citar la relación que puede darse entre el derecho a la intimidad y la libertad de información.

La solución de este problema tiene en cuenta, en primer lugar, el hecho de que ningún valor o norma constitucional pierda su identidad a costa de que prevalezca otra. Desde la concordancia práctica, entonces, los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser ponderados en la solución de los problemas interpretativos, apreciando los intereses en juego y solucionando en correspondencia con su mayor o menor preeminencia.

Algunos autores¹⁰⁶ son del criterio que el conflicto no debe solucionarse mediante una precipitada ponderación de bienes o de valores. Pues, consideran que dicha ponderación de los bienes no proporciona un criterio orientador y además implica sacrificar una parte de la Constitución, es decir no realizar su unidad.

Al decir de PÉREZ ROYO, hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de ponderación de valores o bienes

¹⁰⁶SABATER, Asensi: Ob. cit., pp. 195-196.

constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional¹⁰⁷.

➤ Principio de la Función o Eficacia Integradora

Este principio se aplica a la arista política de la Constitución, y plantea que si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, su interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Así, la interpretación debe coadyuvar en todo momento al mantenimiento del orden y unidad política, y no a lo contrario. La Constitución nace de la necesidad de organizar la comunidad política y jurídicamente, ir contra esa organización es contradecir su propia esencia.

La Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la Comunidad. Es algo que no se puede perder de vista en la interpretación de la norma ante cualquier conflicto¹⁰⁸.

➤ Principio de Corrección Funcional o de Funcionalidad

En virtud de este principio, en el ejercicio de su tarea el intérprete constitucional ha de mantenerse dentro del marco de funciones que le han sido atribuidas en la Constitución. La Interpretación Constitucional debe “respetar las competencias de los distintos órganos, conforme al diseño preestablecido por la Constitución”¹⁰⁹, esto trae consigo la obediencia a la distribución de las funciones, y el mantenimiento del equilibrio que ha sido

¹⁰⁷PÉREZ ROYO, Javier: Ob.cit., p. 142.

¹⁰⁸Ídem.

¹⁰⁹FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel: Ob. cit., p. 11.

establecido. Así, ningún órgano estatal invadirá el ámbito competencial de otro, consiguiéndose un trabajo coordinado y en armonía. Este principio vale mucho para la relación entre el órgano legislativo y el Tribunal que realice la Interpretación Constitucional (ya sea un Tribunal Constitucional o una Sala del Tribunal Supremo), ya que este último al controlar la ley no puede en ningún momento menoscabar la libertad y funciones de dicho órgano legislativo.

➤ Principio de Eficacia o Efectividad

Supone que el intérprete constitucional en la realización de su actividad debe optar por aquellas soluciones que optimicen la eficacia de las normas constitucionales, siempre que esto no implique distorsión del contenido de la norma, y actualizándolas en relación con el contexto en que se encuentra.

➤ Principio de la Fuerza Normativa de la Constitución o de Duración de la Constitución

La actividad interpretativa, y esto ha quedado claro ya, es una tarea que le brinda a su protagonista un grado de libertad, el que le permite incorporar valoraciones suyas, esta cualidad, presente también en la interpretación de la norma fundamental, no puede derivar en un elemento que le reste a la Constitución su fuerza normativa.

La Constitución tiene vocación de ser constantemente actualizada. Dado que las posibilidades y condicionamientos jurídicos de dicha actualización son cambiantes, es preciso dar preferencia a aquellos puntos de vista que

ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, a tenor de las circunstancias de cada caso¹¹⁰.

➤ Principio *In dubio pro libertate*

Por este principio cualquier conflicto constitucional por solucionar, en el que existiera duda, esta se esclarecerá de forma que se incline a favor de la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva vigencia de sus derechos. Esto tiene su base en el hecho de que la libertad pertenece al ser humano, es intrínseca a él.

➤ Principio de presunción de constitucionalidad de los actos normativos

Se trata de una regla interpretativa vinculada al principio democrático. En virtud de esta, las leyes, y en general, las normas que emanan de los órganos constitucionales establecidos, disfrutan de la presunción de constitucionalidad. En su consecuencia, el intérprete ha de buscar, en primer lugar, la interpretación constitucionalmente adecuada de la norma.

➤ Principio de argumentación

Hoy se admite pacíficamente que no puede existir una única y excluyente interpretación de la norma, sino que la norma presenta siempre un marco abierto a posibilidades. Pero lo que verdaderamente importa es que la consecuencia del proceso interpretativo sea el resultado de una argumentación jurídica que pueda calificarse por sí misma, esto es, que no sea arbitraria. El proceso interpretativo, no puede ser caótico, sino racional.

➤ Principio de respeto al régimen político consagrado en la Constitución

¹¹⁰SABATER, Asensi: Ob. cit., p. 196.

Implica que cada régimen político significa una especial concepción de la sociedad y el Estado. La Interpretación Constitucional tenderá así a afianzar el régimen político adoptado por la sociedad mediante la propia Constitución.

La lectura de los principios nos da la idea de que no solo se constituyen como una guía para el intérprete, sino también como un límite para su actuar, un freno que evita que pueda cambiar la obra del constituyente. El seguimiento de estos principios es esencial porque están elaborados para coadyuvar a los fines de la norma constitucional, y para hacer el proceso interpretativo más racional y uniforme.

- **Parámetros a seguir en el proceso interpretativo de la Constitución**

Constituyen igualmente un freno a la actividad interpretativa los parámetros, estos están más relacionados con la parte valorativa de dicha actividad, la cual le permite al juez tener un margen de libertad al actuar, margen que de no ser controlado, puede derivar en una ruptura con los propósitos de la Constitución. Los parámetros van a constituir un marco dentro del cual se moverá la Interpretación Constitucional, procurando así evitar las injusticias que puede acarrear una subjetivización. Importante destacar, antes de tratarlos, que estos parámetros son más visibles cuando la Interpretación Constitucional se dirige a la solución de un caso concreto, pues son pasos que deben seguirse en el momento de tomar su decisión, o sea, que en los

casos en que la Interpretación Constitucional tiene por finalidad la orientación, no son muy evidentes.

Así, en primer lugar, tenemos la necesidad de justificación del fallo, esto implica una explicación demostrativa de los pasos llevados a cabo, que han hecho al juez decidirse por esa solución.

En segundo lugar, está el hecho de que el juez constitucional exponga toda su valoración, utilizando un lenguaje sencillo que permita que la comprensión sea fácil, en la que se exponga de forma completa la totalidad de los elementos quedando todo el proceso de manera transparente. Todo este proceso tiene como objetivo fundamental demostrar que la decisión que ha sido tomada es la más ventajosa al caso, la más legal y justa. Por último, encontramos el respeto al precedente, se dice que se vuelve más necesario en lo relativo a la libertad del juez constitucional.

▪ **Límites de la Interpretación Constitucional**

La libertad del intérprete, a propósito del juez que realiza también actividad interpretativa, es necesaria en la interpretación, solo esta le permite llevar la norma al compás de las transformaciones que se suceden en la realidad y buscar soluciones correctas. Esa libertad también es necesaria en la Interpretación Constitucional, pero así como es imperiosa para obtener un resultado justo acorde a las características del caso y al momento en que se vive, es un elemento altamente peligroso de no ser bien usado. Es por esto que se han establecido límites a esta actividad, los cuales impiden que se

convierta en una tarea arbitraria, sin ninguna seguridad. Además, no puede correrse el riesgo de que esta derive en un cambio de lo que el constituyente dejó establecido. Esto significa que el intérprete constitucional no puede crear normas jurídicas, pues de un lado, escaparía a su principal función, que es otorgar un sentido a las normas contenidas en la Constitución, y de otro, invadiría un ámbito de competencia ajeno que la propia Ley Fundamental le ha otorgado a otro órgano.

El límite principal de la Interpretación Constitucional lo constituye la propia Constitución, pues la extensión de esta actividad solo puede llegar hasta donde no implique un cambio de lo preceptuado. La preceptiva constitucional constituirá en tal labor el marco de acción.

▪ **Instrumentos de la Interpretación Constitucional**

La realización del proceso interpretativo de la Constitución, teniendo en cuenta los elementos anteriormente abordados, se vale de determinados instrumentos que no son más que herramientas con que cuenta el intérprete para poder dotar de significado a los preceptos constitucionales. Así encontramos los debates del constituyente en la formación de la Constitución, donde podíamos hallar la finalidad con que fue creada la norma, la exposición de motivos de reforma, los estudios doctrinales y de Derecho comparado, y decisiones judiciales.

En los debates del constituyente quedan plasmados las corrientes y motivos ideológicos que contribuyeron a la conformación del articulado

constitucional, sin dudas estos nos pueden conducir al verdadero propósito de esa norma. En el caso de las reformas también es bueno consultar la exposición de motivos, pues hoy podemos encontrar los impulsos que dieron lugar a la transformación de dicha norma y estos pueden ser un indicador de lo que se quería con el precepto.

Como podemos ver, todos estos elementos de forma unida hacen de la Interpretación Constitucional un proceso certero, que cumple con la finalidad de la Constitución y se ajusta a la realidad en que está inserta dicha norma.

3.2.7.- El intérprete constitucional

El intérprete constitucional es la persona o sujeto que realiza la interpretación constitucional, o sea, es quien basado en criterios de diversa índole busca el sentido y alcance de la norma constitucional. Su tarea consiste en encontrar la finalidad y extensión de los preceptos que conforman la norma suprema de una determinada sociedad.

La labor del intérprete constitucional es sumamente importante, en primer lugar por el objeto y, en segundo, por las consecuencias del resultado de esta tarea, que puede consistir en lograr un sistema democrático o uno de opresión, por eso su decisión ha de ser tomada de forma consciente.

En sus tiempos, ALEXIS TOCQUEVILLE, refiriéndose a los jueces americanos, planteó “los jueces federales no deben, pues, solamente, ser buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados, es preciso encontrar en ellos a verdaderos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo,

afrontar los obstáculos que se pueden vencer, y apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza arrebatar junto con ellos la soberanía de la Unión y la obediencia debida a sus leyes”¹¹¹.

El intérprete constitucional debe tener un vasto conocimiento de la Ciencia Jurídica, debe contar con conocimientos básicos de política, de la historia, economía y de sociología que son cuestiones tratadas por el texto constitucional, lo que implica mayor preparación que la del intérprete jurídico.

Debe conocer a la perfección el texto constitucional, debe comprender cada una de sus cláusulas. Para lograr lo anterior debe contar con un instrumental conceptual amplio y de mayor precisión, pues la Constitución posee una terminología diversa y compleja, con vocablos que tienen una significación específica y frases confusas.

El intérprete constitucional debe ser neutral, imparcial, incontaminado de las cuestiones que pueden influir en el resultado de su interpretación, como pueden ser circunstancias políticas, ideológicas, económicas, entre otras.

El intérprete requiere “de una particular sensibilidad, que le permita captar la esencia, penetrar en la entraña misma y comprender la orientación de las normas constitucionales”¹¹². Además, debe contar con una visión dialéctica de la vida, solo así en el momento de interpretación conciliará los preceptos constitucionales con los cambios que se van produciendo en la realidad. En cuanto a esto último es bueno dejar claro que el intérprete constitucional debe encontrar un punto de equilibrio entre “no sacrificar la dimensión

¹¹¹DETOCQUEVILLE, Alexis: La Democracia en América. Tomo I. Universidad Autónoma de Centro América, Costa Rica, 1986, p. 147.

¹¹²FIX ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge: Ob. cit., p. 21.

normativa de la Constitución, pero abrirla a las condiciones y circunstancia que presenta la realidad”¹¹³. La tenencia por el intérprete constitucional de estas características, le permite arribar a interpretaciones razonadas, y en concordancia con el contexto en que se vive.

Evidentemente, lograr dicha concordancia y que la labor interpretativa fluya a la de lo vivido, requiere que el intérprete goce de un espacio de libertad, en el que pueda ajustar la norma a la realidad. Esa libertad no puede convertirse en el paso para una operación presidida por criterios arbitrarios o totalmente subjetiva; sino que debe aprovecharse en pos de encontrar el resultado más racional, capaz de resolver efectivamente las situaciones problemáticas y crear certeza. A los efectos de que dicha libertad sea aprovechada de manera positiva, se erigen los principios, parámetros y límites de la interpretación constitucional abordados en el epígrafe anterior.

3.2.7.1.- Los intérpretes de la Constitución

La mayoría de las Constituciones en su texto no dejan expreso quién está encargado de su interpretación, pero generalmente puede deducirse de su normativa o alguna normativa infra constitucional cómo queda regulada esta cuestión. Pero se sobreentiende por la importancia de la Interpretación Constitucional anteriormente aludida que su intérprete no puede ser cualquiera, pues no existiría entonces certeza alguna al respecto, resultando así esta labor una prerrogativa.

Regularmente el intérprete de la Constitución, el que frecuentemente tiene asignada esta labor, es el legislador. Al ser el legislativo el representante de

¹¹³DE LUCAS, Javier: Ob. cit., p. 292.

la voluntad soberana del pueblo y ostentar la facultades constituyentes, es quien está legitimado para interpretar la Ley Fundamental de la sociedad.

La Interpretación Legislativa Constitucional se denomina también auténtica porque se lleva a cabo por el órgano legislativo que la propia Norma Suprema faculta para esto, y posee un valor vinculante respecto de cualquier interpretación y aplicación futura de los preceptos constitucionales. Su función es establecer el sentido que mejor se identifique con la intención del constituyente.

Pienso que la Interpretación Constitucional como exclusividad del legislador, puede romper con la imparcialidad que debe caracterizarla. Aparentemente, la Interpretación Legislativa de la Norma Suprema debería conducir a las soluciones más exactas, pero no siempre es así. El personal legislativo es cambiante y la dación de las leyes está sometida a circunstancias políticas y sociales que son también variables.

En mi criterio, la Interpretación Constitucional en manos del legislativo derivará en una interpretación política, pues es realizada por un órgano político; de esta forma estará contaminada por las conveniencias que de esta esfera tenga dicho órgano. A la par de esto se vuelve difícil lograr la neutralidad del intérprete, referida antes, pues se encuentra en una situación donde es juez y parte a la vez, está limitado por la Constitución y él es quien decide. Por ejemplo, cuando el legislativo realiza la Interpretación Constitucional con la finalidad de control de la constitucionalidad de una ley, la cual es creada por él; pensemos que es un riesgo otorgarle a un autor la crítica de su obra.

La Interpretación Constitucional como exclusividad del legislador es un gran riesgo, ya que la garantía de imparcialidad se queda en el aire, se vuelve la actividad interpretativa de la Constitución incontrolable, y no existiría mecanismo efectivo que derogue o impida la entrada en vigor de normas contrarias a la Constitución.

Conuerdo también con la idea de la profesora Martha Prieto, quien sostiene que el legislativo “no es un intérprete definido en cuanto a los sujetos participantes, al cambiar su composición con el de cursar del tiempo, pudiendo variar incluso la manera de asumir la función jurídica de la Constitución respecto al ordenamiento, o ante nuevas condiciones socioeconómicas y políticas no previstas y que requieren una respuesta que el constituyente no ofreció”¹¹⁴.

Confiar en el legislativo es siempre suponer que posee buenas intenciones, porque de hecho pueden con esa facultad violentar más fácil la Constitución que cualquier otro órgano. Por otro lado, se encuentra el problema de que su inacción puede crear vacíos en el Derecho, pues los contenidos de la Constitución deben ser desarrollados en las leyes de menor jerarquía.

No obstante, las desventajas que trae consigo el hecho de que sea el legislador quien interprete la Constitución, garantiza que el Estado sea el productor del Derecho, permite, además, que por medio de su acción jurídica se complete el ordenamiento conforme a los valores y principios taxativamente expuestos en el magno texto, los que operarán como límites a sus facultades creativas.

¹¹⁴PRIETO VALDÉS, Martha: Ob. cit., p. 143.

Para evitar los prejuicios que puede acarrear la Interpretación Constitucional en manos del legislativo, hay países que asignan la función constitucional a un órgano específico, denominado Tribunal Constitucional¹¹⁵. Este órgano nació en el siglo XX con el mencionado Constitucionalismo democrático, cuya función es distinta de las tres tradicionales legislativa, ejecutiva y judicial. El Tribunal Constitucional nace para garantizar la supremacía de la Constitución, esta es su auténtica razón de ser y esto lo realiza a través del control de normas y actos infra constitucionales; para esto ostenta la interpretación vinculante de la Constitución. Por lo general, se somete solo a la Constitución, y corresponde a él la última interpretación de los preceptos constitucionales señalando el sentido, extensión y límites de los mismos¹¹⁶.

Para que este órgano realice adecuadamente su función, se han formulado una serie de pautas que deben cumplirse, así encontramos: no debe ser un órgano numeroso, la extracción de sus miembros debe ser homogénea, la designación de esos miembros debe estar avalada por el órgano legislativo, los magistrados que lo compondrán deben contar con una excelente

¹¹⁵España es uno de los países que cuenta con un Tribunal Constitucional, el cual está regulado por la Constitución en los artículos del 159 al 165, y por una Ley, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Constitución Española aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 27 de diciembre de 1978. Modificada por reforma de 27 de agosto de 1992.

¹¹⁶El Tribunal Constitucional español es el órgano constitucional de ese país, cuya función es ser el intérprete supremo de la Constitución. Este Tribunal es independiente de los demás órganos del Estado, y se somete solo a la Constitución y a su Ley Orgánica; tiene jurisdicción en todo el territorio español, lo cual queda establecido en el artículo 161 de la Carta Magna de esta nación. Corresponde a este Tribunal la última interpretación de los preceptos constitucionales, señalando la extensión y límites de los valores superiores como la libertad, igualdad, justicia, entre otros.

preparación técnica para asumir la labor y deben estar desvinculados de cargos públicos, por último su designación debe hacerse por un período de tiempo amplio¹¹⁷.

Aunque pudiera parecer que el Tribunal Constitucional posee mayor rango jerárquico que el Tribunal Supremo, esto no es así. La relación existente entre ambos no se basa en jerarquía, sino en competencia. El Tribunal Supremo es el de más alto rango dentro del poder judicial, sin embargo, el Tribunal Constitucional se encuentra fuera de ese poder, y forma una categoría propia, con reconocimiento diferenciado en la Constitución. Su obligación es velar por el cumplimiento de la Constitución y para esto tiene potestad para declarar nulas las leyes inconstitucionales, y para defender al ciudadano de las violaciones de sus derechos.

Se critica que este órgano no es fruto de un funcionamiento constitucional ordinario de los poderes¹¹⁸ clásicos del Estado, sino que es el producto de una decisión política del constituyente que decide incorporar al sistema constitucional un órgano específico con la función constitucional, independiente de cualquier otro poder, es una invención artificial. Lo normal son tres funciones, pues el Estado como forma política solo requiere de estas. Se alega también que el Tribunal Constitucional no es necesario, pues

¹¹⁷El Tribunal Constitucional de España cuenta solo con doce miembros, y su labor tiene una duración de nueve años, esto aparece regulado en el artículo 159 apartado 1 y 3 de la Constitución Española. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo, con los cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, con el empleo al servicio de estos últimos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil, así lo dispone la Carta Magna en su artículo 159. Los magistrados de este órgano deben ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de la universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de prestigio, con más de quince años en el ejercicio profesional, artículo 159 apartado 2 de la referida Norma Fundamental.

¹¹⁸En algunos países como el nuestro donde existe unión de poder se denominan órganos.

en muchos países el esquema tradicional ha sido suficiente para realizar la interpretación constitucional.

Pienso que un Tribunal Constitucional asegura la imparcialidad del intérprete constitucional, pues sus magistrados están lejos de la política y de cargos que puedan influir en la neutralidad de la decisión, por esto ha llegado a gozar de un gran prestigio. Sirve, además, para la protección de las minorías contra el avasallamiento de la mayoría.

El Tribunal Constitucional es el instrumento que sirve para mantener de forma regular la no vulneración por los órganos del Estado, de los contenidos expuestos por el constituyente. Obedece a la necesidad de completar la insuficiencia de la división de poderes para controlar el ejercicio de poder en contra de la Constitución. Surge de la necesidad de imponer, desde el exterior, a los poderes del Estado el respeto a la voluntad del constituyente.

Algunos países, evadiendo las desventajas de los intérpretes anteriores, le han atribuido la función de interpretar la Constitución al órgano superior del Poder Judicial¹¹⁹. Aquí la jurisdicción constitucional se encuentra dentro del máximo órgano de justicia, quien además tiene jurisdicción en los demás órdenes (civil, penal, administrativo, económico y laboral). Generalmente,

¹¹⁹Venezuela es uno de los países representativos de este modelo. Dentro del Tribunal Supremo de Justicia o Corte Suprema de Justicia de Venezuela existe una Sala Constitucional, reconocida en el artículo 262 de la Constitución de dicho país. La Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia expone en su artículo 2 que esta tiene como tarea principal controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, en el artículo 42 donde se plantean las competencias de dicha Corte se señala que es quien anula leyes y actos contrarios a la Constitución, incluso en el apartado 3 de este propio artículo le otorga la facultad de anular las Constituciones de los Estados Federales cuando estas transgredan a la de la República, de estas facultades resulta evidente que la misma ostenta la facultad de interpretar la Constitución, y con carácter obligatorio. Constitución de la República de Venezuela del 2000 [en línea]. Disponible en: <<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>>. Consultado el 14 de octubre de 2010.

dentro de este órgano se crea una Sala Constitucional, la cual resuelve todas las cuestiones que se suscitan de esta materia. De esta forma el sentido de la norma constitucional y el control constitucional será hallado por un órgano jurisdiccional.

En esta fórmula queda garantizada la conexión entre la Constitución y la realidad social inmediata, los tribunales son los órganos que están más cerca de la diversidad de casos que pueden darse en la realidad; por ende, la Interpretación Constitucional en sus manos será el instrumento ideal para mantener la Norma Fundamental a tono con la dinámica de la vida. Además, los fallos de los tribunales cuentan con ejecutividad, lo que garantiza su cumplimiento, y que dicha interpretación no quede sin realizarse.

Esta función en manos del Poder Judicial ha recibido críticas como, por ejemplo, el riesgo de dejar la norma constitucional en manos de jueces ordinarios, que tal vez no cuentan con la preparación requerida para determinar la finalidad de esta norma.

Después de haber visto quiénes se erigen como intérpretes constitucionales, podemos llegar a la conclusión de que siempre hay latente un riesgo; es inevitable, se adopte cualquiera de las anteriores fórmulas lograr una certeza absoluta en la actuación del intérprete, de lo que se trata es de buscar cuál de ellos tributa a la mejor realización de los preceptos constitucionales, y establecerle los límites y criterios por lo que debe conducir su labor.

Coincido con MARTHA PRIETO, cuando expresa que el intérprete no solo ha de comprobar el sentido originario de la ley y aplicarlo como correcto,

sino que ha de tener en cuenta si ese es el sentido actual, ya que tiene que determinar su contenido normativo respecto al caso al que se trata de aplicar, y en esto está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo, mirando siempre hacia la Constitución. Ha de tener en cuenta, además, los valores que están consagrados formalmente en el texto básico, por cuanto estos proporcionan la dinámica del proceso al ser expresión del deber ser, así como de la pretensión normativa de los conceptos jurídicos empleados en el texto. En tal caso, el bagaje teórico del intérprete le permitirá entender el precepto de la Constitución en su significado adecuado; comprender los valores enunciados en el texto y así como los principios básicos que permiten darle unidad al Ordenamiento jurídico y que marcan su análisis¹²⁰.

3.2.7.2.- Intérpretes desde o conforme a la Constitución

En correspondencia con esta expresión resultan intérpretes de la Constitución una larga lista, pues todo el que inquiera en el sentido y finalidad de la Constitución no está haciendo otra cosa que interpretarla. De esta manera, la interpretación desde o conforme a la Constitución puede llevarse a cabo por los órganos del Estado, ya sea el legislativo, administrativo o judicial, puede ser realizada también por los académicos, e incluso puede ser realizada por el pueblo en general.

Los órganos del Estado tienen el deber de respetar y cumplir lo que estipula la norma suprema, sus actos deben siempre ser conformes a la

¹²⁰PRIETO VALDÉS, Martha: Ob. cit., p. 145-146.

Constitución. Por esta razón deben en el momento de realizarlos, o aún con posterioridad a su realización, acudir a la Constitución e interpretarla a los efectos de corroborar que su actuación entra en el marco de lo constitucional.

La interpretación legislativa es la realizada, como su nombre lo indica, por el órgano legislativo. Este órgano que puede, además, ostentar de forma oficial la función de interpretar la Constitución, siempre que va a actuar, o sea, durante el procedimiento de creación legislativa, puede ser también durante una reforma, donde debe acudir al texto constitucional para asegurarse de que su obra no es incompatible a este.

La interpretación administrativa es la que realizan los órganos que integran el poder (órgano) ejecutivo, para lograr que su actuación sea constitucional. La actividad de este tipo de órgano no solo consiste en actos tendentes a la ejecución de las leyes, sino también incluye los llamados actos de gobierno, que son aquellos que lleva a cabo el ejecutivo en su carácter de órgano político.

La diferencia entre los actos anteriores reside en el hecho de que los primeros están delimitados, y ellos solo deben velar porque se cumplan, y de la manera en que están establecidos; sin embargo, los otros son actos con gran discrecionalidad y sus límites son menos precisos, por eso se hace tan necesario que estos órganos, sobre todo en lo que se refiere a esta última parte, interpreten la Constitución, busquen su sentido para que su actuación de gran relevancia dentro de la sociedad sea legítima, por estar ajustada a la norma suprema. Pero, además, por muy amplio que resulte el poder que le

han asignado para actuar, debe interpretar la norma suprema pues este encuentra “su frontera natural en la Constitución”¹²¹.

La interpretación judicial constitucional, conocida también como jurisprudencial, es la realizada por los tribunales en su labor de impartir justicia. En la resolución de casos los jueces deben supeditar su actuación y fallo a los mandatos constitucionales, además de velar que las normas que deben aplicarse sean constitucionales. Su apreciación al respecto es obligatoria para las partes del caso.

En muchos países, como vimos anteriormente, los jueces son los guardianes de la Constitución, ostentando la labor de interpretación de la Constitución con un carácter definitivo, de observancia obligatoria, funcionando como verdaderos contrapesos de los órganos legislativo y ejecutivo.

La interpretación doctrinal, conocida como interpretación libre, es efectuada por los juristas. Este tipo de interpretación se diferencia de las anteriores en el hecho de que no se realiza con el objetivo de observar que una determinada actuación se ajuste a la Constitución, sino que se efectúa por teóricos del Derecho con el ánimo de enriquecer y aumentar la teoría constitucional.

La doctrina ha desempeñado un papel fundamental en la evolución de la Interpretación Constitucional, principalmente en la sistematización de los principios que la distinguen y en la orientación de aquellos llamados a interpretar el texto constitucional, para que no pierdan de vista todo lo que

¹²¹CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: Ob. cit., p. 99.

puede auxiliarles al llevar a cabo esta difícil tarea. En este tipo de interpretación también se incluye la que hacen los abogados en sus escritos.

Esta interpretación carece de obligatoriedad, pero el prestigio de su autor o su calidad, hace que en muchas ocasiones sean tomadas en cuenta por el poseedor oficial de la tarea de interpretar la Constitución.

Por último, podemos encontrar la interpretación popular constitucional que es aquella que realizan los gobernados, el pueblo en general en sus relaciones con las autoridades, especialmente cuando piensan que sus derechos han sido violados. Percibimos este caso mediante la opinión pública, manifestada en ocasiones por medio de los partidos políticos y los grupos de presión. Muy visible se vuelve este tipo de interpretación cuando vemos los juicios de amparo o ante los organismos de protección de los derechos humanos, para fundar su queja y, actualmente, también con motivo de los juicios sobre controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

En muchas ocasiones este tipo de interpretación es usada por los jefes de partidos y grupos, para tratar de imponer por la fuerza los intereses personales o exclusivos de dicho grupo. Lo cierto es que “la interpretación popular de la Constitución puede ser el germen que contribuya a que el propio gobierno pueda caer”¹²², por eso es muy importante tener en cuenta sus criterios, y tratar de solucionar las cuestiones que mediante ellas aleguen.

¹²²CARPISO, Jorge: Ob. cit., p. 77.

Como hemos podido ver, mientras la interpretación de la Constitución es prerrogativa de un determinado órgano, la interpretación desde la Constitución tiene disímiles intérpretes, incluyendo a la ciudadanía en general; pues todos en su quehacer diario deben observar la norma suprema para contribuir a que esta siga ostentando su supremacía, y protegiendo nuestra sociedad.

3.2.8.- Clases de Interpretación Constitucional

La Interpretación Constitucional, al igual que la interpretación, puede ser clasificada en dependencia de varios criterios: de su intérprete, del método utilizado y atendiendo a su resultado. De forma breve me referiré solo a la última, puesto que las dos anteriores han sido tratadas en el desarrollo de este capítulo. Guiándonos por el resultado, se dice que la Interpretación Constitucional puede ser: declarativa, extensiva o restrictiva¹²³.

La interpretación constitucional declarativa es aquella donde su intérprete declara exactamente lo que quiso decir el constituyente, se declara lo que exactamente queda expresado en la norma, sin agregar o reducir nada. Es más probable obtenerla de los preceptos constitucionales que tienen una redacción clara, de fácil comprensión. Esta debe ser el tipo de interpretación según el resultado que impere en la interpretación, pues asegura el cumplimiento exacto de la voluntad del constituyente.

Las interpretaciones extensivas, como su nombre lo indica, son las que extienden el sentido y alcance que se dejó plasmado en el texto constitucional. El intérprete en la realización de su labor interpretativa dice

¹²³MERINO BRITO, Eloy: Ob. cit., p. 61.

más de lo que el constituyente quiso expresar. Esta clase de interpretación constitucional se vuelve peligrosa, pues rompe con la real voluntad del autor de la Constitución y, por otro lado, puede dar paso a la admisión de inconstitucionalidades.

En las interpretaciones restrictivas se interpreta menos de lo que la norma realmente expresó. Esta interpretación es al igual que la anterior muy peligrosa, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, pues los puede restringir y provocar con esto su vulneración y, por ende, la afectación a la dignidad humana que tanto se empeña en proteger la Constitución.

Existe una clasificación muy peculiar, expuesta por el profesor GARCÍA COTARELO en su libro *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*; según este autor la interpretación constitucional puede realizarse en tres sentidos: traslativo, explicativo o creativo¹²⁴. La primera implica una transferencia, un cambio del verdadero significado de la norma. El explicativo se presenta cuando interpretamos el precepto constitucional con el objetivo de aclarar su sentido y finalidad. La creativa, por último, es aquella que pone a la Constitución en conexión con los cambios que se producen en la sociedad.

Esta clasificación agrupa en sí elementos pertenecientes a otras clasificaciones, así por ejemplo la interpretación traslativa deriva en un cambio del significado original de la norma constitucional, a lo que puede llegarse también mediante la interpretación extensiva y restrictiva, lo mismo sucede con la creativa que puede darse también mediante estas. La

¹²⁴GARCÍA COTARELO, R. y DE BLAS GUERRERO, A.: *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, Tomo I. Facultad de Ciencias Económicas, (sin año la edición consultada), p. 197.

explicativa se propone, por otra parte, lo que es objetivo de toda interpretación. Este autor trató de agrupar bajo tres criterios la clasificación de una institución que por su propia naturaleza es muy disímil, por eso pienso que esta clasificación se queda atrás a las realidades de la norma constitucional. Es más factible clasificar la interpretación de la Constitución por cada elemento que la distingue, así será más completa y abarcadora la verdadera dimensión de este proceso.

3.2.9.- Métodos de la Interpretación Constitucional

La realización del proceso de interpretación de la norma suprema se sirve de determinados procedimientos, los cuales se denominan métodos. La metódica de la Interpretación Constitucional tiene sus características propias, ajustadas a las especificidades de la norma constitucional y a su contenido axiológico, que no encontramos en otra norma.

La metódica o la forma de realizar la interpretación se relaciona con el objeto de la interpretación, y con el margen de libertad que el intérprete pueda tener en el proceso de aplicación de la norma. Si la interpretación se realiza para determinar la constitucionalidad de alguna disposición o norma ordinaria, no solo criterios sistemáticos y semánticos, sino también teleológicos y sociopolíticos han de tenerse en cuenta, contrastando la norma inferior respecto a la gama de posibilidades que ofrece la norma patrón y límite jurídico, como vía para la preservación del principio de unidad de la Constitución. Al realizarse el análisis general, independiente del caso, para determinar los niveles de correspondencia de la disposición infraconstitucional respecto a la fundamental ante la presunción de

existencia de disposiciones antinómicas, o que por posiciones extensivas o restrictivas desfiguran la propuesta inicial, se propicia la conservación de la armonía en el Ordenamiento jurídico y básicamente se hace realidad la noción de sistema, expulsando las susodichas normativas que de oficio o expresamente no se han derogado¹²⁵.

La Interpretación Constitucional utiliza los métodos de la Interpretación Jurídica, los que le son necesarios, aunque también cuenta con propios, creados a la medida de sus requerimientos. Así encontraremos el método gramatical, sistemático, histórico y teleológico, en la esfera constitucional, operando también de forma conjugada, para la obtención de un resultado más acertado.

Esta metódica, sensiblemente, ha de variar en situaciones de aplicación directa de la Constitución al caso concreto, ya sea por concepto de omisiones del legislativo ante mandatos constitucionales, o ante vacíos de Derecho que reclaman solución; y aún cuando en ambos casos ha de resolverse con arreglo a los valores y principios político-constitucionales que constituirán el único límite; en el primero, la norma patrón existe y debe ser concretada, pero en el segundo debe ser creada para el caso, siendo necesario que se prevea la posibilidad de su futura generalización.

También en los casos anteriores, el intérprete ha de tener en cuenta los criterios sistemáticos en cuanto a la Constitución y al Ordenamiento en general, teleológicos, axiológicos y políticos que sustentan el texto fundamental y que marcan las circunstancias en las que se aplica la

¹²⁵PRIETO VALDÉS, Martha: Ob. cit., p. 142.

normativa; sirviendo aquí el proceso interpretativo de medio de control de los demás órganos estatales¹²⁶.

La Constitución, al ser elaborada para regular la vida de una sociedad, se supone que debe ser conocida por sus ciudadanos, incluyendo aquí al más humilde de estos. Este objetivo solo puede lograrse redactándola con un lenguaje sencillo, claro e inteligible, asequible a las diferentes capas de una sociedad.

De esta forma, el método gramatical en materia constitucional debe entender los términos en su sentido general y común, el que poseen en la vida cotidiana, pues se considera que la Constitución se ha hecho para la generalidad. Claro está que los conceptos que sean técnicos, se les atribuirá su significado técnico-jurídico. Otro elemento que debe destacarse en la aplicación del método semántico en este ámbito, es el hecho de que ningún término constitucional debe entenderse superfluo, pues todo lo establecido en la Constitución obedece a un designio del constituyente.

Este método es muy importante, ya que nos ubica brindándonos los conocimientos iniciales de la norma. Es substancial que el método gramatical se efectúe de una manera en que el precepto se relacione con el resto de la normativa constitucional, obedeciendo así el principio de unidad de la Constitución, ya que una norma desde el punto de vista gramatical puede tener un significado determinado si se ve aislada, y otro si se analiza relacionándola con las demás disposiciones jurídicas constitucionales.

¹²⁶PRIETO VALDÉS, Martha: Ob. cit., p. 142.

El método lógico implica la realización de la Interpretación Constitucional teniendo en cuenta la lógica. Se debe ser cuidadoso en la aplicación de este método a la norma suprema, pues puede llegar a contradecir algún precepto constitucional.

La aplicación del método histórico es útil. Las Constituciones tienen su propia historia, producto de las tradiciones, costumbres, intereses, cultura; la que nos muestra los propósitos por los cuales ha sido creada, estos nos hacen entender el motivo de sus contenidos. Pero el análisis histórico no se queda en ese pasado lejano, sino que también se detiene en el análisis de las condiciones existentes en el momento en que se aprobó la norma suprema.

El método sistemático está íntimamente relacionado con el principio de Interpretación Constitucional de unidad de la Constitución, pues plantea que la interpretación de un precepto no debe hacerse de forma aislada, sino en relación con los restantes, y con la unidad propia de la Constitución en la que están insertados. Este método defiende la idea del texto constitucional como un todo, donde sus preceptos encuentran sentido pleno solo si se valoran en relación con lo demás.

La razón principal de esta sistematicidad se encuentra en la presunción de racionalidad del constituyente, que supone que su obra no es fruto de la casualidad, sino está dotada de una coherencia, que irremediablemente lleva a la existencia de un vínculo estrecho entre sus preceptos. Esta integración de todo este cuerpo normativo no es solo desde el punto de vista formal, sino también del contenido de sus enunciados.

Se encuentra también el método teleológico, mediante el cual la interpretación se encaminará hacia la búsqueda de los fines que inspiran a las cláusulas constitucionales. Dichas finalidades pueden ser diversas como, por ejemplo, preservación del Estado de Derecho, de la legalidad, la protección de los derechos humanos y las libertades, entre otros.

Se diferencia de la aplicación lógica de la norma, porque el intérprete tiene que buscar valores y fines, y juzgar su adecuada aplicación a la realidad concreta, y de ahí precisamente deriva su trascendencia, aunque hay que tener cuidado con una posible subjetivización en torno a dichos fines, que provoque una infracción de la legalidad constitucional.

Los métodos de la Interpretación Jurídica, como vemos, sirven a la Interpretación Constitucional, le aportan elementos importantes; pero, sin embargo, no cubren todo el contenido constitucional y, por tanto, quedan cuestiones sueltas, que pueden resultar en una vulneración del texto y una ruptura de las intenciones del constituyente con su obra. Así nace un método propio para la hermenéutica constitucional, que es el denominado método tópico.

El método tópico es el resultado de la existencia de tres circunstancias significativas dentro del tema de la Interpretación Constitucional, que son las siguientes: en primer lugar, tener la Constitución una estructura normativa peculiar; en segundo lugar, el poder general del legislador para crear Derecho y, por último, la existencia de un límite impreciso para ese poder del legislador.

El método tópico se manifiesta mediante la aplicación de esos criterios en el momento de realización de la actividad interpretativa de la Constitución, además de los principios constitucionales. Dicha aplicación es lo que orienta y dirige al intérprete durante el proceso interpretativo, llevándolo a la toma de la respuesta más correcta al problema. “La aplicación de dichos principios se lleva a cabo a través de un proceso de concretización de la norma, es decir el intérprete debe aplicar la norma al problema y luego determinar el principio más adecuado, rechazando cualquier aplicación mecánica o casuística del principio”¹²⁷.

Su función principal es proteger la obra del constituyente del poder que tiene el órgano legislativo, por eso la realización de este método es más visible cuando la Interpretación Constitucional tiene como finalidad el control de la constitucionalidad. La tónica constitucional trata de encontrar un punto de equilibrio entre el poder que tiene asignado el legislador y la posibilidad de su control por el órgano con funciones constitucionales¹²⁸. Como indica el jurista PÉREZ ROYO este método se bate entre la política y el Derecho, que cobran la forma de Parlamento y el órgano con la función de interpretar la Constitución¹²⁹.

La tónica constitucional está diseñada para hacer posible un mínimo de seguridad, necesaria para una sociedad en su proceso de autodirección

¹²⁷PÉREZ LUÑO, Antonio: Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Citado por CHACIN FUENMAYOR, Ronald: Sobre algunos aspectos fundamentales de la interpretación constitucional: enfoques o métodos interpretativos [en línea]. Disponible en: <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol8/8-4.pdf>>. Consultado el 10 de febrero de 2010.

¹²⁸Por ejemplo un Tribunal Constitucional.

¹²⁹PÉREZ ROYO, Javier: Ob. cit, p. 138.

política, por esta razón es importante que se aplique en relación con la realidad existente.

Se han diseñado otros métodos para la interpretación de la Constitución, estos no son muy reconocidos ni utilizados, pero en los estudios acerca de la Interpretación Constitucional se están tratando. Brevemente abordaré algunos.

El Originalismo o interpretativismo es uno de los métodos más tratados de la nueva gama que ha surgido para la Interpretación Constitucional, y responde a la idea de que el intérprete debe encaminar su labor a encontrar la voluntad del constituyente, la original, despreciando cualquier elemento no previsto por este en la norma. Es de gran utilidad hallar la intención de los autores de la norma, pero esto no puede ser lo único a lo que debe dedicarse la tarea interpretativa constitucional.

Como respuesta al método anterior surge el no interpretativismo, el cual se fundamenta en el hecho de no limitarse a la intención del creador de la normativa, sino que utiliza otros fundamentos que inspiran el Derecho, aunque no estén previstos en esa normativa. Los no interpretativistas plantean que hay elementos que no se encuentran expresos en el texto constitucional, pero que pueden entenderse derivados de este y sirven a la hora de interpretarlo. Este método es peligroso, pues puede fácilmente violar las normas constitucionales y los principios vigentes.

Otro método es el evolutivo o progresista, que busca adecuar las normas a las condiciones actuales; los evolucionistas plantean que la norma

constitucional hace referencia a cuestiones sociales, políticas, económicas de la sociedad. La Constitución debe mantenerse viviente según ellos, y esto solamente se logra llevándola de la mano con el progreso que experimenta la sociedad¹³⁰.

Por último, se encuentra la interpretación pragmática, dirigida a lograr una interpretación que en la práctica cumpla los fines previstos en la Constitución; de esta forma la interpretación debe ser flexible, amplia y práctica. Resulta importante este método si vemos que se encamina a alcanzar la plena eficacia de la norma constitucional en el contexto en que se vive.

Luego del estudio de la metódica constitucional, es mucho más evidente la importancia de los métodos propios de esta, pues estos le brindan más seguridad al texto constitucional. Por otro lado, considero que la solución para lograr una interpretación constitucional correcta y completa no está en aferrarse en la utilización de un determinado método ni en jerarquizarlos; se trata de manejarlos armónicamente y de seguro lograremos una adecuada interpretación.

3.2.10.- La Interpretación Constitucional a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriana

¹³⁰Al respecto LINARES QUINTANA plantea: “Se considera la Constitución como un instrumento cuya flexibilidad y generalidad le permiten adaptarse, a todos los tiempos y circunstancias, por lo cual debe interpretarse teniendo en cuenta no solo las condiciones sociales, económicas y políticas al momento de su sanción, sino también las condiciones que existen en el momento de su aplicación, como consecuencia de la evolución, transformación y progreso de la sociedad”. LINARES QUINTANA, Segundo: Tratado de Interpretación Constitucional, p. 876, en CHACIN FUENMAYOR, Ronald: Ob. cit., p. 6.

3.2.10.1.- La Interpretación Constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008

La Constitución ecuatoriana fue proclamada en el mes de septiembre de 2008. Esta Carta Magna significó para la sociedad ecuatoriana una nueva etapa, marcada por la consolidación de las conquistas revolucionarias; de esta forma su objetivo primordial no fue imponerle límites al poder, sino desde el poder regular la sociedad acorde a principios, valores y normas que busquen la justicia e igualdad entre los ciudadanos. Por demás, esta norma suprema puso punto final al período de provisionalidad en el que se encontraban los órganos del Estado, e inicia una nueva fase de institucionalidad.

Entre los contenidos que quedan regulados en nuestra Norma Fundamental se encuentran los Fundamentos Socioeconómicos y Políticos del Estado ecuatoriano, en los que quedan establecidas las bases sobre las que este se erige, declarándose así como un Estado Constitucional de derechos, justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico¹³¹; encontramos también la regulación de los derechos, deberes y garantías de los individuos¹³², los cuales protegen la dignidad humana de los ciudadanos ecuatorianos. Importante son también los preceptos referidos a la organización del poder¹³³, tanto de los órganos superiores como de los locales, los que delimitan el campo de acción de estos. Se reconocen, además, las disposiciones electorales y las de la

¹³¹Título I de la Constitución de la República del Ecuador 2008, (actualizada).

¹³²Estos están regulados en el Título II Capítulo I de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (actualizada),

¹³³Título IV de la Constitución de Ecuador de 2008 (actualizada).

reforma constitucional¹³⁴, de gran relevancia dentro del texto, pues de su correcta aplicación depende la vigencia de la voluntad del constituyente ecuatoriano.

Como principios nuestra Constitución ha tutelado la soberanía nacional, la Participación en democracia con participación en los diferentes niveles gobierno, la igualdad social, entre otros. En relación con el poder nuestro Estado tiene distribuido de la siguiente forma poder ejecutivo, legislativo, judicial y participación ciudadana y control social.

De esta forma la función legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, el presidente ejerce la función ejecutiva, la Judicial y justicia indígena ejercida por los tribunales nacionales y provinciales, función de transparencia y control social y función electoral¹³⁵. No obstante, es innegable la supremacía de la función Ejecutiva respecto al resto de los órganos del Estado ecuatoriano, como único responsable de la administración pública¹³⁶, además de que puede deducirse por el hecho de ser esta la representante de la voluntad soberana del pueblo cubano y por las atribuciones que le han sido conferidas en el artículo 75 de ese cuerpo normativo.

Sin embargo, en la doctrina constitucional de estos tiempos existe el debate¹³⁷ en torno a la directa aplicabilidad de nuestra Constitución, este es

¹³⁴Capítulo VI y Título IX Capítulo III de la Constitución de la Republico del Ecuador de 2008 (actualizada).

¹³⁵Artículos 118, 141, 167, 204 y 217 de la Constitución Republica del Ecuador de 2008 (actualizada).

¹³⁶Artículo 141 de la Constitución cubana de 1976 (actualizada).

¹³⁷No solo en la doctrina constitucional, existe profusa literatura, de fines del pasado siglo, sobre el tema, como ejemplo: RIBEIRO: Interpretación y aplicación de las normas constitucionales. 1982; GÓMEZ: Constitución dirigente y vinculación al legislador: contribución para la comprensión de las normas constitucionales programáticas. 1983;

un tema de gran importancia por su significado para la conservación de la armonía del ordenamiento jurídico, en especial, de la supremacía jerárquica normativa y la fuerza derogatoria de sus normas, como para la defensa de los postulados constitucionales, ya sean los relativos a la organización del poder, a las formas de participación ciudadana, o de los derechos y garantías consagrados en el texto¹³⁸. Algunos autores¹³⁹ infelizmente no le reconocen esta cualidad a nuestra Norma Fundamental, lo cual deriva en su no aplicación directa en la práctica jurídica. De esta forma la Constitución ecuatoriana queda reducida a un simple programa sociopolítico e ideológico, que necesita de leyes que lo desarrollen para alcanzar su eficacia social.

Lo anterior, unido a la inexistencia de una cultura en los operadores jurídicos ecuatoriano actuales del carácter normativo de la Constitución, debido a que se han formado bajo el manto de la negación de la Carta Magna, lo que inexorablemente ha conducido a que olviden y releguen a un segundo plano a la primera norma de nuestra sociedad; más el hecho de no contar con una jurisdicción constitucional encargada de la solución de las cuestiones constitucionales que se puedan presentar, contando solo con un proceso incompleto por el hecho de que se encamina solo a la finalidad de control de

PIOVESAN: Constitución y transformación social: eficacia de las normas constitucionales programáticas y concretización de los derechos y garantías fundamentales. 1992; ALFONSO, Aplicabilidad de las normas constitucionales, 2003. Citados por PRIETO VALDÉS, Martha: En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución Cubana de 1976. Un breve comentario. Revista Cubana de Derecho No. 3. Enero- Junio 2008, en nota 1, p. 6.

¹³⁸PRIETO VALDÉS, Martha: En pos de la aplicabilidad directa, ob. cit., p. 6.

¹³⁹FERNÁNDEZ PÉREZ, Michel: Breves consideraciones sobre los Derechos Humanos en la Constitución cubana, p. 169, en MATILLA CORREA, Andry (coordinador): Introducción al Estudio al Derecho, Centro Gráfico de Reproducciones para el Turismo “General José Miró Argenter”, Holguín, (sin año la edición consultada).

la constitucionalidad, e incluso cuestionable en lo que respecta a su vigencia¹⁴⁰, son los factores que han llevado a que la Interpretación de la Constitución cubana de 1976 sea un hecho inusitado, y en los últimos tiempos muy poco visto, no solo en la práctica, sino también en la doctrina.

Esta consideración de la Constitución ecuatoriana como fenómeno sociopolítico e ideológico solamente, alejado de la esencia normativa que empapa a toda Constitución, requiriendo de leyes ordinarias y de la acción estatal para alcanzar su directa aplicabilidad, es peligrosa y sin un fundamento sólido y legal. La peligrosidad radica en el hecho de que el restarle carácter normativo a nuestra Constitución y, por ende, no aplicarla directamente puede derivar en una inobservancia de sus preceptos, que dejarían a nuestra sociedad sin la menor seguridad jurídica¹⁴¹.

Ya la profesora MARTHA PRIETO lo decía, que uno de los medios jurídicos para la consecución de la eficacia de las normativas constitucionales, para que norma y realidad se identifiquen, es la aplicabilidad directa de sus preceptos, empleada como instrumento de contraste o patrón jurídico-político respecto a otras disposiciones generales y particulares¹⁴².

Puede ocurrir fácilmente que las leyes y acciones que deben desarrollarla no instrumenten jurídicamente de forma correcta los contenidos constitucionales, lo cual es un riesgo de que no se cumpla la voluntad del constituyente ecuatoriano, produciéndose lo que la profesora Martha Prieto

¹⁴⁰Título IX Capítulo I de la Constitución Ecuatoriana de 2008

¹⁴¹O'CALLAGHAN VILASECA, Linnet: Ob. cit., p. 92.

¹⁴²PRIETO VALDÉS, Martha: En pos de la aplicabilidad directa, ob. cit., p. 6.

denomina inconstitucionalidad por omisión¹⁴³. En el mejor de los casos puede resultar que se desarrollen los preceptos constitucionales, solo que de una forma restrictiva, impidiéndose así el pleno desarrollo de la Constitución, pues parte de su contenido queda limitado.

La negación de la normatividad de la Constitución ecuatoriana, en mi criterio, además de un peligro, carece de un fundamento legítimo, no existe ninguna causa legal que impida o limite la aplicación directa de nuestro texto constitucional; todo lo contrario, si leemos el artículo 11 numeral 3 de nuestra Carta Magna encontramos que este establece los derechos y garantías de la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos será de directa e inmediata aplicación¹⁴⁴. De lo que puede concluirse que la voluntad del constituyente era que las disposiciones constitucionales ecuatorianas se cumplieran, y ese cumplimiento supone una aplicación directa de sus normas, por lo que el mismo autor de la Constitución le atribuyó de manera indirecta, por así decirlo, la directa aplicabilidad.

Sería contraproducente pensar que la Constitución ecuatoriana no es aplicable, cuando es la única norma que regula contenidos importantísimos dentro de nuestra sociedad, como son la organización y funcionamiento del Estado, y el status jurídico de los individuos. Si esta norma careciera de obligatoriedad cómo se explica que se hayan regulado asuntos tan necesarios para la seguridad y el bienestar de la sociedad; es irracional

¹⁴³PRIETO VALDÉS, Martha: Reflexiones en torno al Carácter Normativo de la Constitución, p. 27, en PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette: Ob. cit.

¹⁴⁴Artículo 66 de la Constitución de Cuba de 1976 (actualizada).

pensar que el constituyente realizara su obra sin atribuirle la imperatividad que merece.

A pesar de los argumentos que he expuesto al respecto de la normatividad de nuestra Constitución y, por tanto, de la posibilidad de su directa aplicabilidad, la negación de esta en Ecuador es una realidad, que por demás trae aparejada nefastas consecuencias, que se proyectan sobre la interpretación de la Constitución, disminuyendo su realización.

Toda aplicación de una norma conlleva previamente una labor interpretativa, no puede aplicarse la norma si esta no se ha interpretado. Por tanto, si la Constitución ecuatoriana no es directamente aplicable, por la razones antes expuestas y muy lejanas de la verdad a mi juicio, entonces no hay interpretación, esta no tiene razón de ser.

La Interpretación Constitucional que más fácil puede darse en nuestro país, es la encaminada al control de la constitucionalidad de normas y actos que se encuentran por debajo de la Constitución.

En general, considero que la Interpretación Constitucional en nuestro país es un fenómeno insólito por su poca aparición en el contexto constitucional ecuatoriano, y se vuelve en la actualidad una exigencia su tratamiento a los efectos de lograr la aplicación directa de nuestra Norma Fundamental, para mantener la supremacía de nuestra Constitución, la protección de la voluntad del constituyente ecuatoriano y proporcionarles a los ciudadanos ecuatorianos una regulación constitucional acorde a las condiciones en que vive.

Se hace necesario, entonces, que se desarrolle en nuestro país la Interpretación Constitucional para beneficiarnos de las ventajas que irradia, y que se estimule la Interpretación desde o conforme a la Constitución ecuatoriana para que esta gane la fuerza normativa que por derecho le pertenece.

Además es necesario que se estimule la Interpretación desde o conforme a la Constitución ecuatoriana para que esta gane la fuerza normativa que por derecho le pertenece.

3.2.10.2.- El intérprete de la Constitución Ecuatoriana

En nuestra Constitución no queda explícitamente establecido quién tiene asignada la función de su interpretación. Es una inferencia sustentada en el diseño político ecuatoriano, en la supremacía parlamentaria y en lo establecido por algunos preceptos constitucionales, que el intérprete de la Carta Magna es nuestro órgano legislativo, o sea, la Asamblea Nacional Constituyente.

El propio texto constitucional ha estructurado nuestro Estado de forma tal que la Asamblea Nacional ostenta el lugar superior en su esquema; si observamos el artículo 118 de nuestra Carta Magna, nos percataremos de que se considera este órgano como el supremo del Estado, el cual solo es responsable ante el pueblo ecuatoriano, y está sometido únicamente a la Constitución.

Indiscutible se hace ya la anterior afirmación, al observar lo que dispone el artículo 120 de nuestro texto constitucional, reconociéndole a la

Asamblea facultades constituyentes, lo que le permite desarrollar nuestro texto constitucional, lo cual evidentemente contiene la facultad de interpretarlo.

Si seguimos ahondando en el cuerpo constitucional, encontramos que el artículo 120 numeral 6), el cual regula las atribuciones de este órgano, le asigna la función de decidir expedir, codificar, reformar y derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, lo cual indirectamente equivale a un reconocimiento de la facultad de interpretar nuestra norma suprema.

No cabe dudas que, a pesar de que esta cuestión no queda regulada de forma expresa en nuestra norma constitucional, era voluntad del constituyente que la interpretación de su obra quedara exclusivamente en manos del legislativo, del órgano que lo representa.

Puede confundirnos también en cuanto a esta situación problemática lo estipulado en el artículo 120 de la Constitución, donde quedan reguladas las funciones de este órgano representante de la Asamblea y en específico su numeral 6), que dispone que este puede darles a las Leyes vigentes en caso necesario una interpretación general y obligatoria. Aquí puede suceder que se sobreentienda que la Constitución se incluye en el término Ley y, por tanto, que este órgano puede interpretarla.

Parece claro que el constituyente ecuatoriano dejó a la Asamblea la prerrogativa de interpretar la Constitución ecuatoriana. La salvaguarda de la Constitución está en poder del único órgano con facultad constituyente y

legislativa del país, lo que doctrinalmente puede justificarse en el criterio de que el mejor defensor de la Constitución es el pueblo y en su defecto, sus representantes directos que integran el órgano superior del poder estatal.

La realización de la Interpretación Constitucional en nuestro país no es tarea fácil, sobre todo cuando está encaminada al control de la constitucionalidad, por las causas vistas anteriormente. El control de la constitucionalidad en Ecuador es parlamentario y centralizado, realizado por nuestro órgano legislativo, encargado de interpretar lo que dice la Constitución, además de existir un control funcional de los órganos superiores del Estado respecto a los inferiores en cuanto a la aplicación de la Constitución, las Leyes y demás disposiciones generales. De igual forma encontramos la corte Constitucional que es la encargada del control de la aplicación de la Constitución

Este control constitucional realizado por la Asamblea no solo es posterior, o sea, que se produce luego de que la norma se encuentra en vigencia, sino que también existe un control previo para el caso de las leyes, en el que la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de este órgano legislativo, así como la Comisión parlamentaria de la esfera donde se propone el proyecto de ley, realizan un dictamen de constitucionalidad y de legalidad que es enviado al Presidente de la Asamblea, el cual tendrá en cuenta para el debate en el plenario.

Lo cierto es que el procedimiento del control de la constitucionalidad en nuestro país, a pesar de que cuenta con la participación de todo el aparato estatal, es complejo y difícil, y en estos momentos es cuestionable su regulación jurídica. Realmente no se cuenta con un mecanismo efectivo de

control, que resuelva esto de manera rápida y que cuente con una profesionalidad en este sentido. La cuestión es más fácil cuando se trata de Leyes, Decretos-Leyes o disposiciones de carácter general, porque están más cerca de su alcance, por ejemplo, en cuanto a las Leyes actúa mediante el control previo que la Comisión especializada en esta materia realiza, y en el caso de los Decretos-Leyes porque la Asamblea debe ratificarlos o no.

Los contenidos desarrollados en este Capítulo nos muestran que la Interpretación Constitucional es una institución de gran relevancia, no solo en el Derecho Constitucional donde constituye columna vertebral, sino también para todo el ordenamiento jurídico y para la sociedad. La interpretación de la Constitución puede derivar en el mantenimiento de un Estado democrático o puede erigir una tiranía, por esta razón es necesario que el constitucionalismo acoja su estudio, a fin de perfeccionarla cada día y brindarle seguridad a su realización.

Para que los resultados de la labor interpretativa de la Constitución tributen positivamente, es necesario considerarla como lo que es, un tipo especial de interpretación, que cuenta con postulados propios, porque solo estos son capaces de llegar a las verdaderas dimensiones de la Carta Magna; todo esto sin dejar de utilizar los elementos de la Interpretación del Derecho, los cuales le son necesarios.

Es ineludible entonces que el intérprete constitucional cumpla con los postulados mencionados anteriormente, y cuente con determinadas cualidades que le permitan llegar a la complejidad de la norma constitucional. Por otro lado, es importante señalar que este debe hacer una

utilización del método tópico, como el procedimiento creado para llegar a la dimensión de la norma fundamental, pero a la vez es preciso utilizar de forma conjugada el resto de los métodos interpretativos, incluyendo aquí los pertenecientes a la Interpretación del Derecho y los nuevos que han surgido para la Interpretación Constitucional.

La Interpretación Constitucional en nuestro país es insuficiente, esto se debe a determinados factores como la negación de la directa aplicabilidad de nuestra norma suprema y la no existencia de un procedimiento para la realización de dicha interpretación. Se requiere una práctica adecuada de la Interpretación Constitucional en Ecuatoriana, capaz de viabilizar la realización de esta y la directa aplicabilidad de la Norma Fundamental.

3.3 CONSTITUCIÓN-LEY PENAL: UN BINOMIO DESDE ECUADOR

Después de haber analizado tanto la Interpretación Jurídica como la Constitucional, sus ventajas, diferencias y la necesidad del tratamiento de esta última en Ecuador; nos corresponde en esta parte argumentar la necesaria correlación entre Constitución, normas penales y bienes jurídicos como punto de partida para fundamentar la importancia de interpretar la Ley Penal en Ecuador, a partir y desde el contenido y la esencia de la Constitución ecuatoriana del 2008.

3.3.1.- La Interpretación en el Derecho Penal. Cuestiones generales

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 les son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas"¹⁴⁵.

Por esto, las normas jurídicas penales deben redactarse de modo que sean accesibles a la generalidad de las personas. Sin embargo, estas normas no solo se dirigen a las personas en general, con la pretensión de regular sus conductas; sino también a los individuos encargados de aplicar un sistema de penas¹⁴⁶. La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta -"mediante formas generales explícitas"- es posible gracias al lenguaje. Esto ha hecho factible 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"¹⁴⁷.

El Derecho Penal, en el que rige plenamente el principio de la legalidad, la norma jurídica es una fórmula lingüística escrita, que es capaz de influir en el

¹⁴⁵HART, H.L.A: The Concept of Law. Oxford University Press. Great Britain, 1979, p. 49. Citado por HURTADOPOZO, José: Manual de Derecho Penal. Fundamentos generales la ley penal el delito itercriminis, participación y concurso. EDDILI, Segunda Edición, Lima 1987, en nota 3, p. 108.

¹⁴⁶ídem

¹⁴⁷CAPELLA, Juan Ramón: El derecho como lenguaje, p. 28. Citado por HURTADOPOZO, José: Ob. cit., en nota 5, p. 108.

juez y en el resto de las 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. En la averiguación del significado de estas fórmulas lingüísticas (denominadas proposiciones o normas jurídicas), consiste la interpretación¹⁴⁸.

La labor interpretativa en el Derecho Penal, cuando se trata de normas claras, no ofrece mayores complicaciones; pero en otras ocasiones la disposición es más compleja, por lo cual se debe profundizar más a la hora de su interpretación.

Al respecto se han valorado disímiles formas de encausar la interpretación, hasta arribar a la formación de dos teorías, la teoría subjetiva, que sostiene que la interpretación de la norma penal, debe atenerse a la voluntad histórica del legislador; partidarios de esta teoría son ENGISCH, HELLMUTH, MAYER, NAUCKE¹⁴⁹; la teoría objetiva, que fundamenta la interpretación atendida a la voluntad de la ley, es decir, a su sentido objetivo actual, tratada por SEBASTIÁN SOLER, VINCENZO MANZINI y EUGENIO CUELLO CALÓN¹⁵⁰.

¹⁴⁸Ross, Alf: Sobre el Derecho y la Justicia, p. 113. Citado por HURTADO POZO, José: Manual, ob. cit., en nota 7, p. 108.

¹⁴⁹JESCHECK, Hans-Heinrich. Citado por QUIRÓS: Introducción a la Teoría del Derecho Penal. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, 1987, pp. 105-115.

¹⁵⁰MANZINI, Vincenzo y CUELLO CALÓN, Eugenio. Citados por QUIRÓS: Introducción, ob. cit. pp. 105-115.

Se habla de una teoría que propone una fórmula mixta, la “Teoría de la Alusión”, esta concede prioridad, al punto de vista subjetivo, a la voluntad del legislador expresada, sí bien de modo alusivo, en la ley. Por esta razón, debería pensarse, que esta voluntad, debe constituir el contenido lógico, decisivo de la interpretación, y solo deberá ser sustituido por el criterio objetivo cuando poderosos argumentos de justicia, el desarrollo de la técnica o, sencillamente, el espíritu de la época, aconsejen superar la voluntad del legislador.

En nuestra sociedad la ley se convierte de modo real en la afirmación de la voluntad de las amplias mayorías populares y del interés social, por todo lo cual, interpretar sería revelar la voluntad estatal expresada en la ley, como expresión a su vez de la voluntad ciudadana, como.

El autor Quiros no considera correcto admitir, que la protección penal se consolide en la formación jurídica, teniendo en cuenta que esto sería renunciar de ante mano al perfeccionamiento de las normas penales, asumiendo que la ley penal es dialéctica, puesto que los cambios se dan también en las condiciones sociales; esos mismos cambios exigen respuesta consecuente en la propia ley (mediante sus propias modificaciones), pero también en el proceso cognoscitivo del que la interpreta, cuando el grado alcanzado por aquellos, no rebasen los objetivos esenciales de la norma, los contenidos conceptuales de la prohibición penal, las definiciones de la regla de conducta, esto es, siempre que el resultado de la interpretación no infrinja el principio de legalidad, lo que determina la estabilidad de las normas penales, queriendo decir que la perspectiva de duración de las precitadas

normas, tiene un carácter extenso, porque reflejan las líneas de principios y métodos formuladas por el Estado en el terreno de la lucha contra el delito¹⁵¹.

De esta forma, se identifica el problema con la interpretación, el cual radicaría, según propone el autor en cuestión, en implementar la forma de garantizar que las funciones que incumben a la ley penal, se conserven en el proceso de su interpretación y aplicación¹⁵². Para esto se deben de seguir las reglas establecidas para la vinculación objetiva del intérprete con la voluntad expresada en la ley¹⁵³. Esto permite al Tribunal decidir respecto a relaciones protegidas por el Poder Estatal que en su origen no fueron previstas por el legislador y surgieron después. Por tal motivo, el criterio de interpretación valedero para este autor estriba en que, al interpretar la ley, hay que partir del sentido que objetivamente está expresado en su forma literal¹⁵⁴.

De las diversas formas y métodos utilizados para la interpretación no es admitida la interpretación que se clasifica, según su extensión o alcance como extensiva, en relación con las normas penales, teniendo en cuenta que no se puede en la norma penalexender el sentido de la hipótesis, los supuestos de tipificación; ya que con esto se crearían figuras delictivas no previstas por el legislador; no obstante, existen algunos autores que la aceptan, es el caso de JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁵⁵, quien partiendo del método de interpretación literal y teleológico, el cual busca un fin determinado al

¹⁵¹VÁZQUEZ ALMENAREZ, Alejandro: La interpretación de las normas penales. Problemática actual. Trabajo de Diploma, Universidad de Oriente, Facultad de Derecho, Santiago de Cuba, 2006, pp. 103-104.

¹⁵²QUIRÓS PÍREZ, Renén: Introducción, ob. cit., pp. 115-132.

¹⁵³Ídem.

¹⁵⁴Íbidem.

¹⁵⁵JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958, p.118.

Derecho y sus normas, resalta que, interpretando estas literalmente, se produce una interpretación extensiva de los supuestos de tipificación, la norma es válida; en caso contrario, al no obtenerse resultado concluyente y persistirse en la voluntad de la ley, se debe de interpretar restrictivamente en tanto sea más favorable.

Sin embargo, no obstante la anterior observación, esta interpretación, en estos momentos, en el ámbito jurídico internacional, es casi unánimemente rechazada. En el Cuarto Congreso de Derecho Penal de París, celebrado del 26 al 31 de julio de 1937, y en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Comparado, en La Haya, con posterioridad, fue rechazada la interpretación extensiva de las normas penales.

La interpretación de las leyes penales emana de los principios constitucionales del Derecho Penal. Precisamente, la relación que existe entre la Constitución y el Derecho Penal, es que la primera le dota de unos principios informadores y limitadores que constituyen la base de la construcción teórica y legislativa de todo el Derecho Penal.

A continuación abordaremos en qué consiste la facultad de castigar del Estado y cuáles son los principios constitucionales que limitan el *iuspuniendi*.

3.3.2.- El iuspuniendi: la dicotomía entre facultad-límites

El Estado, como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena que restablece el orden jurídico. A él corresponde el llamado Derecho Penal subjetivo o *iuspuniendi*, fundado en la necesidad de la sociedad misma de reprimir los actos que revelan mayor desvalor jurídico-social. Como sujeto

de la soberanía, el Estado es el titular de la potestad de imperio, del cual se desprende la facultad de acuñar los delitos y fijar las penas.

El Estado va a ejercer esa potestad, a partir de la definición constitucional de los valores e intereses fundamentales de mayor relevancia, que reciben protección de la ley penal, mediante la determinación como delitos, de las conductas que atentan contra ellos, “bien porque niegan los valores al destruirlos, bien porque su mera realización constituye un peligro indeseable”¹⁵⁶, y de las consecuencias jurídicas derivadas de dichas conductas, las penas o medidas de seguridad.

La potestad punitiva del Estado se va a concretar, como la facultad de crear normas penales, definiendo como delitos a las conductas que atentan contra los valores fundamentales de la sociedad, que reside en los parlamentos y la aplicación de dichas normas que corresponde a los jueces y tribunales, estructurados conforme a lo regulado en la Constitución y las leyes de cada país.

Esta estrecha vinculación entre la definición de los valores fundamentales que el Estado tiene el deber constitucional de proteger, mediante el Derecho Penal, ha llevado a algunos autores a definir el “Derecho Penal, como aquella parte del Derecho Constitucional que se encarga de tutelar los valores fundamentales definidos en la Constitución”¹⁵⁷.

¹⁵⁶CARBONELL MATEU, Juan Carlos: Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. 2da edición adaptada al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, 1996, p. 36.

¹⁵⁷Conferencia impartida por el profesor Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, a los alumnos de la Especialidad en Derecho Penal de la Universidad de La Habana, el 6 de Marzo de 1999.

La facultad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero en la posibilidad de legislar que se encarga al órgano legislativo, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables, que recaen sobre bienes jurídicos relevantes y sean necesarias castigar, dibujándose en la ley penal el tipo y la pena tipo, y de ahí entonces se desdobra su segundo sentido, encargar esta aplicación al órgano jurisdiccional.

Esta potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites que están directamente relacionados con sus bases de sustentación. Estos límites al *iuspuniendi* se expresan en forma de principios que tienen base constitucional. El Estado en la promulgación y aplicación de las normas penales ha de mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas. Luego, no basta que la norma sea formalmente válida, esto es, que haya sido dictada cumpliendo con los requisitos constitucionales en su tramitación, sino que es necesario que sea también materialmente válida. Expresado de otra forma, que su contenido sea conciliable con esos principios que están dirigidos a los órganos encargados de la creación de las normas penales. En lo que respecta a su aplicación, esta ha de hacerse también con respeto a dichos principios y a otros específicos de carácter procesal. Los jueces y tribunales también tienen que respetarlos orientando su actuación con arreglo a ellos. Su objetivo es evitar la arbitrariedad.

Solo mediante la aplicación consecuente y racional de los denominados principios limitativos del *iuspuniendi*, podremos enfrentar, en la medida de lo posible, los excesos del Estado en el ejercicio de la facultad que tiene

atribuida constitucionalmente, de determinar los delitos y las penas y de aplicarlas a los que incurran en esas conductas.

A continuación, valoraremos brevemente los fundamentales principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, en cuya denominación y contenido, no existe un criterio unánime entre los diferentes autores¹⁵⁸.

➤ Principio de legalidad

El principio de legalidad constituye el principal límite al poder punitivo del Estado y, por ende, la máxima garantía para el ciudadano frente a posibles actos excesivos y arbitrarios. Su nacimiento coincide con la Revolución Francesa de 1789 y halla su primer fundamento en la teoría del contrato social y en el principio de la división de poderes, lo que revela que su origen histórico obedece a razones políticas, más no jurídicas.

Le corresponde al penalista alemán FEUERBACH (1775-1833) el mérito de darle precisión y contenido científico al principio, cuando desarrolla la teoría de la coacción psíquica, que ha sido explicada por MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, al afirmar que: “La pena, según este autor, ejerce una coacción psicológica en los ciudadanos que les hace abstenerse de la comisión de delitos. Pero, para que pueda desempeñar esta función, es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con que se conminan. Sin esa previa descripción legislativa, el

¹⁵⁸AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Editorial EDERSA. Madrid 1999, p. 49 y ss. citando a ZUGALDÍA ESPINAR, señala como los principios y límites constitucionales de mayor trascendencia los siguientes: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de intervención mínima, el principio de necesidad y utilidad de la intervención penal, el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva, la prohibición de penas inhumanas y degradantes, la orientación de las penas privativas a la resocialización del autor, el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el principio de igualdad ante la ley y el derecho de la persona a no declarar contra sí misma.

potencial delincuente no podría saber si su conducta estaba previamente prohibida y castigada y, por consiguiente, no significaría la pena una coacción psicológica para nadie"¹⁵⁹. A FEUERBACH se le debe su formulación latina: *nullum crimen nullapoena sine lege*¹⁶⁰.

Las dos fundamentaciones de este principio descritas, demuestran su fuerte contenido garantista que se manifiesta en todos los ámbitos del sistema penal. Así, del principio de legalidad pueden extraerse las siguientes garantías: en primer lugar, la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), según la cual para que una conducta pueda ser considerada delito es necesario que previamente se haya descrito como tal; en segundo lugar, la garantía penal (*nullapoena sine lege*), en virtud de la cual no pueden imponerse penas ni medidas de seguridad que no se encuentren previstas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo; en tercer lugar, la garantía jurisdiccional (*nemodamneturnisi per legale iudicium*), que exige la expedición de sentencias en virtud de un proceso penal regular en fiel observancia de sus requisitos y garantías y, por último, la garantía de ejecución, mediante la cual se prohíbe ejecutar penas o medidas de seguridad de manera distinta a la establecida en la ley. Pero, la garantía criminal no se agota en el requerimiento de una ley anterior que otorgue la calidad de delictiva a una determinada conducta. De esta se derivan a su vez cuatro importantes consecuencias prácticas. En primer lugar, el principio de taxatividad

¹⁵⁹MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte General. 3ra Edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998, p. 100.

¹⁶⁰El aforismo latino que recoge al principio de legalidad ha ocasionado la consideración equivocada de su origen romano. Vid. HURTADO POZO, José: Ob. cit., en nota 12, p. 88.

(*lex certa*), que contiene la exigencia de que las leyes describan con la mayor exactitud posible las conductas prohibidas, a fin de que puedan ser conocidas por los ciudadanos, lo que excluye el uso desmedido de elementos normativos y el abuso de leyes penales en blanco. En segundo lugar, la prohibición de la analogía *in malam partem* (*lex stricta*), pues, de lo contrario, el juez se estaría usurpando funciones que le competen solo al legislador por voluntad popular. En tercer lugar, la exclusividad de la ley como fuente del Derecho Penal y la exclusión como tales de la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia (*lex scripta*). Y en cuarto lugar, la irretroactividad de la ley penal cuando su aplicación sea perjudicial al reo (*lex praevia*)¹⁶¹.

Es indudable que el principio de legalidad importa un conjunto de garantías, a favor del ciudadano, frente al uso desmedido del poder punitivo estatal, no solo porque contiene los parámetros dentro de los cuales el juzgador puede operar (prohibición de la analogía e irretroactividad de la ley penal), sino también porque el legislador está sujeto a él (por la exigencia de taxatividad), garantías estas que se han plasmado en la categoría del tipo dentro de la teoría del delito.

➤ **Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos**

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también denominado de lesividad u ofensividad, trae consigo la exigencia de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos, lo que se resume en la expresión

¹⁶¹Sobre las consecuencias prácticas de la garantía criminal del principio de legalidad, ampliamente, CARBONELL MATEU, Juan Carlos:Ob. cit, pp. 102-160.

latina: *nullum crime sine injuria*. Cumple, entonces, este principio un importante rol limitador del *iuspuniendi*, al prohibir al legislador la criminalización de intereses morales, ideas religiosas o ideologías políticas. Pero, el papel del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no se agota en ella, sino que también importa la descripción de la función protectora de la sociedad que cumple el Derecho Penal; una conducta solo puede considerarse delictiva cuando lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos más importantes.

El principio de lesividad al bien jurídico está relacionado con la tutelaridad que reciben los bienes jurídicos de interés para el Derecho Penal, como última salida que debe aplicarse para la protección de estos bienes y la solución de los problemas; es decir, no todo debe ni puede solucionarse a través del prisma de este Derecho: deben ser agotadas todas las posibles vías antes de invocar las normas de Derecho Penal (última ratio).

Por la importancia de este principio para la interpretación de las normas penales, lo abordaremos con mayor detenimiento en epígrafes posteriores.

➤ **Principio de intervención mínima**

Este principio, que guarda estrecha relación con el de exclusiva protección de bienes jurídicos desarrollado anteriormente, postula una intervención del Derecho Penal que posibilite mayores ámbitos de libertad. Esto se lograría en virtud de dos manifestaciones del principio de intervención mínima: la naturaleza subsidiaria y el carácter fragmentario del Derecho Penal.

Como ya lo hemos advertido antes, la función que el Derecho Penal está llamado a cumplir es la de protección de la sociedad. Claro está que esta función tutelar no es monopolio de este ámbito del ordenamiento jurídico, pues mediante otros ámbitos jurídicos también se protege a la sociedad. Lo que caracteriza al Derecho Penal en este aspecto es que este no crea la ordenación que tutela, sino que “la encuentra al llegar”¹⁶². En este sentido, el Derecho Penal se limita a proteger bienes jurídicos previamente protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico, pero solamente si otros mecanismos extrapenales no cumplen eficazmente su misión de prevención del delito.

Por el carácter fragmentario del Derecho Penal, este no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas, sino solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes¹⁶³, pues tipificar cualquier conducta que lesione de modo insignificante a cualquier bien jurídico, supone una importante restricción a la libertad personal. Corresponden a otras ramas del Derecho los ataques menos graves, “de ahí que se explique que el Derecho Penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico”¹⁶⁴.

¹⁶²ZIPF, Heinz: Introducción a la Política Criminal. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Jaén, 1979, p. 43. Citado por VÁSQUEZSHIMAJUKO, Carlos Shikara: Las consideraciones político criminales en la Teoría del Delito y los Principios limitadores del ius puniendi, en nota69. Disponible en:

<http://www.galeon.com/donaires/REVISTA5/delito.htm>. Consultado el 11 de marzo de 2011.

¹⁶³LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “ius puniendi” (la potestad punitiva). Editorial Universitas S.A. Año 1996, p. 83.

¹⁶⁴MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Ob. cit., p. 78.

La doctrina ha encontrado tres manifestaciones del principio de fragmentariedad en la Parte Especial de los Códigos Penales: se tipifican solo ciertas modalidades de ataques, se opera con criterios de antijuridicidad más rigurosos que en las demás partes del ordenamiento jurídico; y, por último, no se criminalizan meros comportamientos inmorales¹⁶⁵.

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de subsidiariedad, se exige además que la intervención del Derecho Penal resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. “Se habla así del principio de mínima intervención, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan solo aquellos hechos que necesiten ser penados, y para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas”¹⁶⁶.

➤ Principio de igualdad ante la ley

El principio de igualdad ante la ley, constituye una garantía ante el poder punitivo del Estado y, a la vez, una limitación del actuar estatal en su labor de creación y aplicación de las normas penales, que deben tener un carácter general, estar dirigidas a todos los ciudadanos, entendido como el tratamiento jurídico-penal igual para los iguales y diferente a los desiguales.

¹⁶⁵GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: Derecho Penal, Introducción. Madrid, 1995, p. 281. Citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: Ob. cit., en nota 78.

¹⁶⁶FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ma. Dolores: Los límites al ius puniendi, en Anuario de Derecho y Ciencias Penales. Tomo XLVII. Facsímil III. septiembre-diciembre. Madrid. 1994, p. 99.

La aplicación consecuente y racional del principio de legalidad, no supone otorgar a todos un trato uniforme¹⁶⁷, sino no discriminatorio, que no es otra cosa que la justificación del trato desigual.

➤ **Principio de culpabilidad**

Este es otro principio limitador del poder punitivo del Estado, sus efectos garantistas operan tanto a nivel de los presupuestos de la pena, como a nivel de criterios para su individualización judicial¹⁶⁸.

En virtud del primer nivel, un sujeto no podrá ser objeto de una pena en supuestos de anormalidad de conocimiento (error de prohibición), anormalidad de la situación (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, obediencia debida), anormalidad psíquica (inimputabilidad, grave alteración de la conciencia, etc.), o en casos en que el autor no actúe con dolo o culpa (principio de responsabilidad subjetiva)¹⁶⁹. Esta última consecuencia es el resultado de la condición de la parte subjetiva del tipo como presupuesto de la culpabilidad; y es que si cada categoría del delito es

¹⁶⁷CARBONELL MATEU, J.: Derecho Penal, ob. cit., p. 103.

¹⁶⁸BACIGALUPO, Enrique: Principios constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL, 1999, p. 158.

¹⁶⁹LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, ob. cit., p. 87, considera al principio de responsabilidad subjetiva como un principio independiente al de culpabilidad, pues -según este autor- el tratamiento dentro de este de las implicancias de aquel (no hay pena sin dolo o culpa) solo es coherente con la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad, propio de una sistemática causalista del delito.

presupuesto del otro, es lógico que el principio de culpabilidad proscriba la responsabilidad objetiva¹⁷⁰.

Fundamenta el segundo nivel la exigencia de que en la individualización de la pena, esta no debe exceder la medida de la culpabilidad normal o disminuida del autor y que las necesidades preventivas no pueden legitimar una pena superior a aquella.

El principio de culpabilidad¹⁷¹ tiene asignada en el Derecho Penal una triple significación:

- La culpabilidad como fundamento de la pena (*nullum crimen nullapoena sine culpa*), referido a la cuestión de si procede imponer una sanción al autor de un hecho típico y antijurídico, para lo cual deben concurrir los requisitos de capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.
- Como elemento de la determinación o medición de la pena. Aquí ya no se trata de fundamentar en sí, sino de determinar en el caso concreto la magnitud exacta que debe tener la pena, cuya imposición ya ha sido fundamentada, asignándole a la culpabilidad una función limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de los límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad,

¹⁷⁰En este sentido, HIRSCH, Joan-Joachim: El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo V, Año III, Lima, 1997, p. 181. Citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: Ob. cit., en nota 81.

¹⁷¹MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: Ob. cit, pp. 102 y ss.

además de otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.

- Como responsabilidad objetiva, que proscribe la responsabilidad por el resultado, al impedir la atribución al autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.

A diferencia de otros principios limitadores de la facultad punitiva del Estado, el de culpabilidad, representa la síntesis de varias finalidades del Derecho Penal, lo que supone notables garantías para los ciudadanos y límites estrictos para la facultad punitiva del Estado¹⁷².

➤ **Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad implica el establecimiento de penas y medidas de seguridad proporcionales al hecho antijurídico. Importa la concreción de dos mandatos que operarían en diferentes momentos¹⁷³. Así, en un primer momento, el principio de proporcionalidad exigiría al legislador la previsión de penas y medidas de seguridad, que guarden relación con la dañosidad social de la conducta y, en un segundo momento, demandaría a los jueces la imposición de penas y medidas de seguridad conformes a la gravedad del hecho en el caso concreto¹⁷⁴.

¹⁷²FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ma. Dolores: Ob. cit, p. 102.

¹⁷³ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: Fundamentos de Derecho Penal, Valencia, 1993, p. 264. Citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: Ob. cit., en nota 82.

¹⁷⁴Ídem. Citado por VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: Ob.cit., en nota 84.

El principio de proporcionalidad se distingue del de culpabilidad, en cuanto este requiere de todos los presupuestos exigidos para imputarle un hecho antijurídico a un sujeto. Por otra parte, el de proporcionalidad fundamenta la relación entre la medida de la pena y la medida de seguridad, y la gravedad del suceso. En este sentido, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad no se contraponen, sino que se complementan.

La importancia del principio de proporcionalidad reside también en el refuerzo que brinda a la eficacia preventiva de la pena, pues las penas desproporcionadamente graves debilitan los esquemas valorativos de los ciudadanos, al debilitar la función motivadora de la norma. La pena más efectiva es la justa y proporcional al hecho; la pena desproporcionada puede surtir efectos criminógenos.

➤ **Principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana**

Este principio limitador del *iuspuniendi* marca la característica principal de los sistemas penales modernos.

En el principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana importa - como lo han señalado BUSTOS y HORMAZÁBAL- el reconocimiento de la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal¹⁷⁵. El primer aspecto cierra el paso a toda instrumentalización de la persona y postula a su tratamiento como un fin en sí mismo. Por otro lado, el segundo aspecto rechaza toda intervención estatal que implique una afectación de la persona como tal. Se trata, en el ámbito de las sanciones penales, de humanizar las

¹⁷⁵BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 68.

penas y medidas de seguridad y eliminar, en lo posible, su contenido aflictivo, siempre que dicha humanización no contradiga las finalidades preventivas. Introducir al sistema penal sustitutivos penales, penas y medidas de seguridad humanas, límites a la duración de las penas privativas de libertad, beneficios penitenciarios y mejores condiciones en la ejecución de las penas es, pues, una manifestación del principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana¹⁷⁶.

➤ **Principio de resocialización**

La exigencia de que sea posible la participación de los ciudadanos en la vida social en el Estado de Derecho, conduce a reclamar que el Derecho Penal evite la marginación indebida del sancionado, por lo que, en la medida de lo posible, las denominadas sanciones alternativas a las privativas de libertad, que no entrañen la separación de la sociedad, deben ser aplicadas, siempre que la privación de libertad no resulte inevitable¹⁷⁷.

Cuando se aplique la pena privativa de libertad, es necesaria la ejecución de una política penitenciaria, que sitúe al sancionado en el centro de su contenido, adoptando las medidas imprescindibles para evitar la resocialización de los reclusos, facilitarles la comunicación con el exterior y siempre contando con su anuencia, propiciarles una adecuada preparación para su futura reincorporación a la vida en libertad, mediante la concesión de

¹⁷⁶En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 261.

¹⁷⁷MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Parte General, Parte General, 6ª edición. Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 85.

permisos de salida de los establecimientos penitenciarios por períodos cortos de tiempo, la aplicación de un tratamiento progresivo, que le permita cambiar de régimen penitenciario, y pasar a condiciones carcelarias de semilibertad, que le posibiliten obtener la libertad condicional, en el menor tiempo posible, y reincorporarse a la sociedad.

Para MIR PUIG¹⁷⁸ el principio de resocialización en un Estado democrático, debe entenderse en el sentido que hemos explicado anteriormente, y no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

El principio de resocialización se vincula al de humanidad en materia de ejecución penitenciaria, porque el principio de humanidad obliga a tratar a los reclusos con el debido respeto y a facilitar su resocialización y la reincorporación plena a la sociedad.

Esta loable aspiración, a pesar de los grandes esfuerzos de la comunidad internacional y de los Estados nacionales por perfeccionar los sistemas penitenciarios, es bien distinta de la realidad existente en la gran mayoría de los países, incluidos muchos de los desarrollados, como consecuencia de la política aplicada hasta nuestros días, la que ha sido y continúa siendo la de destinar más recursos, aunque también escasos, al Sistema Judicial, que a los establecimientos penitenciarios, que son los que reciben al sancionado y están obligados por la ley a garantizarles un tratamiento resocializador,

¹⁷⁸MIR PUIG, Santiago: ob. Cit., p. 85.

conducente a prepararlos para retornar a la vida en libertad, entre otras causas, por el alto costo que significa para el presupuesto del Estado el mantenimiento de las instituciones carcelarias y por existir otras prioridades.

3.3.3.- Bienes jurídicos: ¿un concepto sociológico o jurídico?

El bien jurídico ha recuperado un sitio de privilegio evidente dentro de la ciencia penal contemporánea, que lo jerarquiza como un concepto dogmático de primer nivel, adecuado al carácter fragmentario del Derecho Penal¹⁷⁹. En realidad, constituye un instrumento básico para el desarrollo de la teoría del delito pues, entre otras cosas, posibilita la conexión interna entre dogmática jurídica y política criminal.

De ahí que la doctrina, por amplia mayoría, se esfuerce en ratificar la vigencia inamovible del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁸⁰, convirtiéndolo -a raíz de su eficacia limitativa sobre el poder

¹⁷⁹JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. I, (traducción de la 3ª edición y adiciones del Derecho Penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde). Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 73; MIR PUIG, S.: Derecho Penal, ob.cit., p. 72; BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HormazábalMalarée. Editorial PPU, S.A., Barcelona, 1994, p. 49.

¹⁸⁰MIR PUIG: Introducción a las bases del Derecho Penal. 2da. Edición, Editorial B de F. Montevideo, Buenos Aires, 2003, p. 135.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch-Bosch, Valencia, 1989, pp. 103 y ss.

penal del Estado- en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del Derecho Penal democrático¹⁸¹.

La dogmática italiana suele denominarle principio de lesividad procurando localizar la esencia del hecho punible, no solo en su materialización objetiva externa, sino también en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico. Los tipos penales, al decir de BETTIOL, configuran verdaderas "islas de ilicitud en el mar de la libertad". Son fragmentos aislados de prohibición penal que articulan un sistema discontinuo de ilicitudes¹⁸².

Por ende, la norma penal solo adquiere sentido en tanto protege un determinado bien jurídico merecedor de tutela¹⁸³, contra aquellas afectaciones graves que signifiquen su lesión efectiva¹⁸⁴ o, cuando menos, la puesta en peligro real e inminente¹⁸⁵. Ahora bien, al decir de MIR PUIG, no

¹⁸¹Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de *bienes jurídicos*, de *proporcionalidad* y de *culpabilidad*". MIR PUIG: Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2da. Edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 30.

¹⁸²SOLER, S.: Ob. cit., T. III, p. 7. Al decir de este autor la determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley.

¹⁸³BACIGALUPO, E.: Derecho Penal. Parte General. 2da. Edición. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 42-46.

¹⁸⁴BAUMANN, J.: Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 9; ZAFFARONI, E. R.: Tratado de Derecho Penal. T. I. EDIAR, Buenos Aires, 1981, p. 50; BACIGALUPO: Derecho Penal: Ob. cit, p. 43.

¹⁸⁵ESCRTVA GREGORI, J. M.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1976, p. 37; BAIGÚN, D.: Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 15 y ss.; BUSTOS, J. y POLITOFF, S.: Los delitos de peligro, en "Revista de Ciencias Penales". 3a época, t. XXVII, Santiago de Chile, Enero-Abril 1968, p. 35; MÉNDEZ

todos los bienes jurídicos merecen tutela penal, para que así sea necesitan cumplir dos requisitos esenciales que son: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal¹⁸⁶.

Allí estriba la llamada subsidiariedad (accesoriedad) del Derecho Penal¹⁸⁷: una respuesta de última ratio, reservada para casos extremos y gobernada por el principio de intervención mínima¹⁸⁸, que se dinamiza en presencia de conductas de elevada dañosidad social, severamente perturbadoras de una ordenada vida comunitaria¹⁸⁹.

En tales supuestos fácticos, debido a la ausencia de mecanismos alternativos y menos violentos para la solución del conflicto planteado¹⁹⁰, el Estado dispone la intervención del sistema de control penal, debiendo

RODRÍGUEZ, C: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 49 y siguientes.

. MIR PUIG, Santiago: Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del *IusPuniendi*, en Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991 (Universidad de Santiago de Compostela), pp. 205 y ss. Disponible en:<http://www.neopanopticum.com.ar/1/Mir.htm>
Consultado el 25 de febrero del 2011.

¹⁸⁷CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General. T. I. Tecnos, Madrid, 2002, p. 15; MUÑOZ CONDE, F.: Introducción al Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1975, p. 60.

¹⁸⁸MAURACH, Reinhart: Tratado de Derecho Penal. T. I. Editorial Ariel, Barcelona, 1962, p. 30; MUÑOZ CONDE: Introducción, ob. cit., p. 59; QUINTERO OLIVARES, G.: Introducción al Derecho Penal. Barcanova, Barcelona, 1981, p. 48; FERRAJOLI: El Derecho Penal Mínimo, en "Poder y Control", N° 0, Barcelona, 1986, pp. 25 y ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J.: Derecho Penal Fundamental. T. I. Temis, Bogotá, 1989, p. 32.

¹⁸⁹ROXIN, C: Iniciación al Derecho Penal de hoy. Reus, Madrid, 1974, p. 32.

¹⁹⁰HASSEMER, Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1984, p. 37, p. 38; HURTADO Pozo, J.: Ob. cit., p. 39; BARATTA, Alessandro: Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal, en "Criminología y Derecho", N° I, Montevideo, 1987, p. 17.

ajustarse la reacción represiva a los criterios explícitos de proporcionalidad y humanidad¹⁹¹.

Desde luego, quienes creen posible prescindir en el plano dogmático de la idea de bien jurídico, terminan asimilando el delito -casi indefectiblemente- como sinónimo de la infracción de un deber¹⁹². En esa versión teórica, impregnada en exceso por la atmósfera de la desobediencia penal¹⁹³, el ilícito se subsume en un quebrantamiento del deber de subordinación y lealtad¹⁹⁴.

La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de bien jurídico nace como un planteamiento programático, cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico, entendiendo por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal¹⁹⁵.

¹⁹¹MIR PUIG: Derecho Penal, ob. cit., pp. 84-86; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. Parte General. 5ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 93; BARATTA, Requisitos mínimos, ob. cit., p. 10.

¹⁹²RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho Penal. Parte General, Gráficas Carasa, Madrid, 1977, p. 407; ORTEGO COSTALES, J.: Bien jurídico: lesión y peligro, en A.A.V.V., "Estudios Penales. Libro-homenaje al Prof. José Antón Oneca", Universidad de Salamanca, 1982, p. 42.

¹⁹³KAUFMANN, Armin: Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. (traducido por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón). Editorial de Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 13; BACIGALUPO: Delito y punibilidad, Civitas, Madrid, 1983, p. 51.

¹⁹⁴BUSTOS RAMÍREZ: Introducción al Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1986, p. 129.

¹⁹⁵BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: Lecciones, ob.cit., p. 57.

Influenciado por la ideología del Iluminismo, FEUERBACH abordó la consideración material del delito, identificándolo con la lesión de un derecho subjetivo¹⁹⁶; lo que vino a generar la réplica casi inmediata de BIRNBAUM, el fundador de la teoría del bien jurídico en el Derecho Penal, quien en 1834 estableció las bases adecuadas para una configuración científica y técnica de esta categoría dogmática. Para él, el delito no lesiona derechos subjetivos sino directamente bienes, que le han sido otorgados al hombre por la naturaleza o por la sociedad y estarían colocados en la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas¹⁹⁷. BUSTOS RAMÍREZ califica la concepción de BIRNBAUM como trascendentalista de corte iusnaturalista, pues considera que dicho planteamiento se encuentra entre el iusnaturalismo y el racionalismo, ubicándolo por tanto en una perspectiva iusnaturalista moderada¹⁹⁸.

Hacia finales del siglo XIX, con la instalación del positivismo jurídico, KARL BINDING a partir de sus concepciones iusracionalistas, elabora su Teoría de las Normas, que constituye la base de fundamentación de su doctrina sobre los bienes jurídicos. Para este iusfilósofo, el bien jurídico es una creación del

¹⁹⁶VON FEUERBACH, P. J. A.: Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 64-65; MERKEL, A.: Derecho Penal. La España Moderna, Madrid, s/f, T.1, p. 33. Citados por FERNÁNDEZ, GONZALO: Bien jurídico y principio de culpabilidad, en nota 22, en MAIER, Julio y BINDER, Alberto: El Derecho Penal hoy. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1995, p. 173.

¹⁹⁷RADBRUCH, G.: La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 114; HORMAZÁBAL MALARÉE: Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1991, p. 28; DÍAZ, E.: Sociología y Filosofía del Derecho. Taurus, Madrid, 1992, p. 300.

¹⁹⁸BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual, ob. cit., pp. 100-101.

legislador, a fin de seleccionar los objetos que en su criterio merecen una protección del Derecho Penal, siendo el bien jurídico todo aquello que merece una tutela mediante la norma jurídico-penal. El bien jurídico no es más que el objeto del delito, conformado por todos los objetos cosificados de los derechos, que implican bienes para la vida jurídica¹⁹⁹. Esta tesis se distancia de la trayectoria trascendental iniciada por BIRNBAUM, al sostener BINDING el carácter inmanente de los bienes jurídicos respecto a la norma, lo que guarda perfecta coherencia con la concepción positivista normativista que representa este autor²⁰⁰.

LISZT en cambio, afiliado a la dirección del positivismo naturalista, trata de quebrar el carácter excesivamente jurídico del concepto bindingniano, introduciéndole franco contenido sociológico. En armonía con su visión de un injusto material, caracterizado por la dañosidad social²⁰¹, el antiguo maestro de Berlín define el bien jurídico como un interés vital del individuo o de la comunidad y protegido por el derecho, aclarando -no obstante- que no se trata de un bien del derecho, sino de un bien de los hombres²⁰². VON LISZT es considerado el autor que, en criterio generalizado, marcó una nueva

¹⁹⁹KAUFMANN: Teoría, ob. cit., p. 91; HORMAZÁBAL MALARÉE: Bien jurídico, ob. cit., p. 41.

²⁰⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE: Bien jurídico, ob. cit., p. 54.

²⁰¹VON LISZT, Franz: Tratado de Derecho Penal, (traducido por Jiménez de Asúa). Tomo II. Editorial Hijos del REUS, Madrid, 1917, p. 324. La historia del Derecho penal es la historia de los intereses que la humanidad eleva a bienes jurídicos, y el Derecho penal de un determinado período, el balance de su "deber" y "haber" sociales en VON LISZT: La idea de fin en el Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. Universidad de Valparaíso de Chile, México, 1994, p. 89.

²⁰²LISZT: Tratado, ob. cit., T. II, p. 2.

etapa en la teoría del bien jurídico, al definirlo como el interés jurídicamente protegido.

Finalizada la I Guerra Mundial (1914-1918) se renuevan las tendencias seguidoras del pensamiento de ENMANUEL KANT, surgiendo la llamada corriente neokantianista; la que puede caracterizarse a partir de su marcada tendencia a la espiritualización del concepto del bien jurídico, como postura antipositivista. Uno de los principales exponentes de la escuela neokantiana, HONIG, en su definición del bien jurídico como “el fin reconocido por el legislador en los preceptos individuales en su fórmula sucinta”, lo reduce a una categoría interpretativa, con lo cual pierde su carácter garantista y, consecuentemente, deja de servir de fundamento material del injusto²⁰³.

El vacío y deterioro que sufrió el bien jurídico como consecuencia de la espiritualización a que se ha hecho referencia, se evidenció especialmente en el tratamiento que recibió por los representantes de la escuela de KIEL, quienes en un primer momento llegaron a negar el concepto de bien jurídico como límite al *ius puniendi*, al estimarlo incompatible con los postulados del Estado totalitario del nacionalsocialismo, y en un segundo momento le reconocieron cierto espacio pero desde una perspectiva prácticamente metodológica, convirtiéndolo en un instrumento político criminal inocuo.

El retorno del bien jurídico con contenido trascendentalista se debe a WELZEL, quien desde un ámbito axiológico-valorativo determina el bien

²⁰³BUSTOS RAMÍREZ, J.: Manual, ob. cit., pp. 104-105.

jurídico como un bien vital de la comunidad²⁰⁴, aun cuando mediatiza su protección, desde que él anticipa el rol que le incumbe desempeñar al Derecho Penal en el seno de la sociedad²⁰⁵. Para WELZEL, por ejemplo, más que la lesión del bien jurídico mismo, lo esencial para la norma penal es el "comportamiento" contrario a los intereses amparados. Sin desconocer el relieve del interés social conformante del bien jurídico, piensa que lo que en verdad importa es la acción de transgredir la norma, la infracción al deber ético de respetarla, que subyace en el precepto. La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) no es lo único relevante; también lo es el desvalor de la conducta (desvalor de la acción), que pasa a ser lo determinante. Para este autor el bien jurídico es "todo Estado social que el derecho quiere resguardar de lesiones". Por supuesto, la tesis welzeliana hubo de suscitar enormes reparos, tildada de modelar una versión etizante e inadmisibles del Derecho Penal²⁰⁶.

²⁰⁴WELZEL, Hans: Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 12.

²⁰⁵Para WELZEL, la misión del Derecho Penal coincide con la tutela de los valores de conciencia de carácter ético-social y ella se realizaría, tan luego, a través de la selección y tutela de los bienes jurídicos fundamentales. WELZEL: Derecho, ob. cit., p.13. WELZEL: Derecho y Ética, en Revista de Ciencias Penales, N° 5, Enero-Abril 1977, Buenos Aires, pp. 13-19.

²⁰⁶FROMMEL, M.: Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de WELZEL, en " Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLII, fascículo II, Madrid, Mayo- Agosto 1989, pp. 621 y ss; POUTOFF: Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado Democrático de Derecho, en "Nuevo Foro Penal". Bogotá, Julio-Septiembre, 1989, N°.45, pp. 313 y siguientes.

Este autor es uno de los máximos exponentes de la concepción finalista, la que parte de la interpretación teleológica-valorativa, acerca del bien jurídico y su función limitadora al *iuspuniendi*.

En la actualidad, esquemáticamente examinada la cuestión, puede decirse que coexisten tres grandes orientaciones dogmáticas en torno a esta debatida noción del bien jurídico.

A. Las tesis funcionalistas

Las tesis funcionalistas, con fundamentos sociológicos, han ido ganando espacio en la doctrina penal desarrolladas por Alemania y España, y se han impuesto en Latinoamérica, pero tienen entre sí una especial contradicción en lo referente a la fundamentación material del injusto penal, lo que ha permitido una división de estas tesis en dos corrientes principales: las que enarbolan la protección del bien jurídico como fundamento material del Derecho Penal, y las que enuncian la función de la vigencia de la norma como fundamento material de esta disciplina.

Para la primera de estas corrientes, el concepto del bien jurídico, se justifica solamente como límite al *iuspuniendi*, lo que equivale a decir, que solamente comprende la tutela penal de aquellos bienes indispensables para mantener las condiciones mínimas de convivencia, y así el Derecho Penal se presenta como un medio subsidiario para la protección de bienes jurídicos, y por ello solo estará bajo la órbita del Derecho Penal, bienes necesarios y merecedores de una tutela drástica como la que tributa esta rama del Derecho, pero solamente en aquellos eventos en los que no existan otros

medios jurídicos idóneos de protección , o los existentes no resultan suficientes o eficientes, es decir la vista al Derecho Penal como Derecho de *última ratio*.

Uno de los teóricos contemporáneos que más fuertemente ha criticado esta posición ha sido el alemán GÜNTHER JACOBS, quien mantiene que hablar de bien jurídico es un mero formalismo.

Para el funcionalismo sistemático resulta ser un acontecimiento disfuncional aquellos fenómenos sociales -el delito, uno de tantos- que obstruyen el sistema social y provocan la ruptura del equilibrio sistémico²⁰⁷.

Sobre esa base, AMELUNG aprecia el bien jurídico como las condiciones de existencia de la vida social²⁰⁸, en tanto que JAKOBS -catedrático de la Universidad de Bonn y, asimismo, el representante más destacado de esta corriente penal- acude a una construcción de normativismo rígido.

GÜNTHER JAKOBS²⁰⁹, si bien reconoce la relevancia de la teoría del bien jurídico, entendida como relación entre una persona y un objeto²¹⁰, a su juicio existen delitos que no tutelan un bien jurídico (entendido como esta relación)

²⁰⁷LUHMANN, N.: Sistema jurídico y dogmática jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 95 y ss.; LUHMANN: Ilustración sociológica y otros ensayos. Sur, Buenos Aires, 1973, pp. 48 y ss; GIMÉNEZ ALCOVER, P.: El derecho en la teoría de la sociedad de NiklasLuhmann. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 163 y ss.; ZAFFARONI: El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico penales, en AA.VV., "Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor", Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 747.

²⁰⁸AMELUNG, K.: RechtsgüterschutzundSchutz der Gesellschaft, citado por HORMAZÁBAL: Bien jurídico, ob. cit., p. 111.

²⁰⁹JAKOBS, Günther: Derecho Penal, ob. cit., p. 43-61.

²¹⁰Ídem, p. 51.

y hay elementos de los tipos penales que no se explican en la protección de tales bienes²¹¹, como así también supuestos de anticipación de la protección²¹², que son casos de peligro abstracto en los que se protege la vigencia de la norma. La posición de este autor al respecto surge claramente de su concepción general sobre el Derecho Penal y la pena: "La contribución que el Derecho Penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso -aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal"²¹³.

El concepto de JAKOBS disuelve la noción de bien jurídico como herramienta limitadora. Tal como ocurre con su idea de la culpabilidad, JAKOBS confunde los fines político-criminales con los límites constitucionales a dichos fines, haciendo que los límites desaparezcan. Esto es una consecuencia necesaria de su punto de partida: es imposible que un límite a la pena tenga sentido como tal, si su justificación se busca en la propia teoría de la pena, porque ello conduce a que tanto la pena como sus límites tengan un sentido jurídico

²¹¹JAKOBS, Günther: Derecho Penal, ob. cit., p. 52-55.

²¹²Ídem, p. 58.

²¹³Ídem, p. 45 (destacado agregado).

común. Y en ello radica, según laperspectiva liberal aquí ensayada, el error del planteo: la pena puede tenerla finalidad o la justificación que a uno más le guste, pero los límitesal poder punitivo tienen un sentido garantizador independiente de esa finalidad, y solo pueden cumplir su cometido en la medida que admitamos que llegado el caso pueden frustrar la pretensión punitiva estatal; esto debe ser reconocido si realmente queremos poner frenos al poder punitivo del Estado. El problema es que JAKOBSno admite que, en una solución concreta, los fines de la pena se puedan ver frustrados, porque ello afectaría la vigencia de la norma²¹⁴. En definitiva, si se adopta la noción criticada, la sociedad desplazaría a la persona como punto de referencia esencial. No se trataría ya de conservar la relación de la persona con un objeto, sino de mantener el poder de la sociedad a partir de la vigencia de las normas que dicta el Estado, con independencia de si estas normas protegen o no los derechos de la persona u otros intereses.

El original planteo de JAKOBS promueve un desplazamiento sistemático de notoria relevancia, una mutación sensible en la teoría del bien jurídico, que deja de ser entendido como el objeto de protección de la norma al estilo

²¹⁴Ello puede verse, por ejemplo, en su criterio para juzgar la evitabilidad del error de prohibición, cuando afirma que "el autor no puede invocar un déficit, realmente existente, en las condiciones psíquicas de la observancia de la norma, si es que se quiere que el Derecho penal garantice que no haya que contar con un déficit de esa clase, es decir, si se protege la confianza en que toda persona imputable no va a dejar que se produzca tal situación deficitaria. Como el Derecho Penal debe estatuir la confianza general en la norma, todo autor es responsable de tal déficit de lealtad a la norma. Tal es la perspectiva normativa" (JAKOBS:Derecho Penal, ob. cit. p. 675). Me parece claro que este criterio hace prevalecer la razón de Estado por sobre la vigencia tradicional del principio de culpabilidad, justamente porque no se admite, en ninguna situación, que el derecho pueda admitir que la expectativa normativa se vea contrariada por una pretensión individual. Para JAKOBS, esta expectativa vale por sobre todas las cosas.

tradicional. Ahora ve reemplazado su sustrato material por un nuevo contenido, de orden funcional-sistémico. En adelante, el bien jurídico se identifica con la vigencia de la norma; se subsume -o se diluye según los críticos- en el carácter obligatorio de esta.

Por consiguiente, esa inflexible asimilación conceptual dentro de la vigencia de la norma, relativiza en alto grado los aportes que una teoría del bien jurídico está en condiciones de efectuarle al Derecho Penal, en tanto teoría de límites.

B. Las teorías sociológicas

Las modernas teorías sociológicas -el segundo grupo posible de nuclear- no se desligan por completo de la perspectiva estructural-funcionalista, aunque también toman elementos extraídos del interaccionismo simbólico, que matizan y modifican el diseño conceptual del bien jurídico. Para estas teorías, el concepto de bien jurídico gira en torno al daño social.

HASSEMER empieza por colocar al bien jurídico en el contexto histórico-cultural, situándolo, por tanto, en ese campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado que, de por sí, condiciona y relativiza el contenido material de la noción examinada.

En su opinión, el bien jurídico engloba los intereses humanos requeridos de protección penal y no más. Partiendo de un enfoque personal del bien jurídico (teoría personalista), se allana a reconocer la existencia paralela de bienes jurídicos colectivos, solo y en tanto se correspondan con los intereses

del individuo y brinden la posibilidad, a pesar de esa dimensión colectiva, de servir directamente a los intereses del hombre"²¹⁵.

Los bienes jurídicos no son el producto de procesos naturales, ni tampoco una creación discrecional del derecho, sino que proceden del acuerdo social basado en la experiencia²¹⁶. De tal manera, a pesar de la evidente ambigüedad del concepto, queda en claro que el bien jurídico no es una especie de salvoconducto de toda *ratio legis* de las normas penales²¹⁷.

La teoría de CALLIES se desarrolla por carriles aún más interesantes, pues inserta al bien jurídico en el contexto del Estado Democrático de Derecho, advirtiendo que las sanciones penales no tienen una función primaria de privación o negación sino, por el contrario, la función primordial de establecer y otorgarle protección jurídica a las oportunidades de participación en la sociedad²¹⁸.

En virtud de ello, el bien jurídico se ubica en el ámbito de la estructura social y pasa a ser continente de las posibilidades de participación en la sociedad²¹⁹, las cuales resultan afectadas mediante el comportamiento antijurídico.

²¹⁵ HASSEMER-MUÑOZ CONDE: Introducción, ob. cit., p. 110.

²¹⁶Ídem, p. 111.

²¹⁷Ibídem, p. 112.

²¹⁸ROLF-CALLIES, *Theorie der StrafeimdemokratischenundsozialenRechtsstaat*, Fischer, Frankfurt a. M., 1974, p. 2-3. Citado por FERNÁNDEZ, GONZALO: Bien jurídico y principio de culpabilidad, en nota 41, en MAIER, Julio y BINDER, Alberto: Ob. cit, p. 177.

²¹⁹MIR PUIG: Introducción, ob. cit., p. 137. Este autor expresa que el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo

Resulta de lo expuesto, el matiz decididamente interaccionista de esta posición teórica. Sin embargo, aún admitiendo el mérito científico indudable del enfoque dogmático, hay quienes sostienen -no sin razón- que las posibilidades de participación en una relación social democrática evocan un concepto instrumental, que bien puede asignarse como la misión última de un Derecho Penal orientado a las consecuencias pero, de todos modos, no sirve como concepto explicativo del sustrato material del bien jurídico, ya que no todos los bienes tutelados por el Derecho Penal resultan encuadrables como oportunidades de participación social²²⁰.

Otra vertiente de las teorías sociológicas es la teoría de la relación social sobre el bien jurídico. La solución planteada por BUSTOS y HORMAZÁBAL ha sido la siguiente: "El bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica, con lo cual se comprende la posición de los sujetos, las formas de vinculación entre ellos y los objetos, sus interrelaciones y su transcurso dentro del desarrollo histórico del contexto social"²²¹.

Esta teoría tiene entre sus seguidores en nuestro contexto al profesor RENÉN QUIRÓS, quien plantea que el delito no es solo un fenómeno

que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos, "bienes" no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). MIR PUIG: Función de la pena, ob. cit., p. 30; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: Aproximación, ob. cit., p. 271. MUÑOZ CONDE considera al bien jurídico como aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social. MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción al Derecho Penal. 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001, p. 90-91.

²²⁰HASSEMER-MUÑOZ CONDE: Introducción, ob. cit., p. 111; HORMAZÁBAL: Bien jurídico, ob. cit., p. 121.

²²¹BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL, Hernán: Significación social y tipicidad, en Estudios Penales, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp.121-128.

jurídico (conformado por el orden social), sino también -y en instancia preferente- un fenómeno social surgido en el proceso de la vida social²²².

Los bienes jurídicos serían un factor que, unido a la pena y al sistema de normas y reglas, en conjunto, determinarían una realidad social dada.

Constituyen -en opinión del profesor chileno BUSTOS RAMÍREZ- una síntesis normativa de relaciones sociales concretas y dialécticas²²³.

Esta conceptualización de los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas, implica identificar la posición de las personas dentro de la relación social. Esta identificación permite comprobar si la penalización de una conducta significa discriminación de personas, el favorecimiento de situaciones de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, la protección de algún fundamentalismo de alguna clase²²⁴.

De acuerdo a este enfoque, la norma tiene existencia autónoma y afirma al bien jurídico, en cuanto lo protege mediante la prohibición penal²²⁵. Y el tipo de injusto, en definitiva, vendría a contener una modalidad prohibida de relación social concreta y dialéctica; un proceso interactivo desvalorado, que

²²²QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual de Derecho Penal I. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 186.

²²³BUSTOS RAMÍREZ: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1982, p. 16; BUSTOS RAMÍREZ: Manual, ob. cit., p. 179-182; BUSTOS RAMÍREZ: Control social y sistema penal. P.P.U., Barcelona, 1987, p. 152.

²²⁴BUSTOS RAMÍREZ, J.: Lecciones, ob. cit, p. 59.

²²⁵HORMAZABAL: Bien jurídico, ob. cit., p. 153.

traduce la tensión o el choque con otra relación social, esta sí, merecida de protección jurídico-penal²²⁶.

C. Las teorías valorativas (jurídico-constitucionales)

La crisis del modelo estatal y jurídico, ocurrida a mediados del siglo XX, asociada a la aspiración generalizada de crear un Derecho que hiciera posible la superación de las contradicciones e insatisfacciones sociales, con respecto al sistema social patrocinado por el positivismo y el neopositivismo en el terreno jurídico, favoreció el comienzo de una revisión crítica, no solo de las Constituciones estatales, sino también de la teoría del bien jurídico. La nueva situación quedó plasmada, en particular, en la búsqueda de criterios que posibilitaran la devolución al bien jurídico de su función de límite a la decisión legislativa y que, por ello, contribuyera a la revisión del catálogo de bienes jurídicos penalmente tutelados.

A lo expresado se asoció el hecho de que, en el plano de las declaraciones universales, ya no solo se aludían a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales. El hombre de hoy ha ampliado el marco de sus exigencias a la aspiración de satisfacer también el derecho a vivir en una sociedad económica, social y culturalmente justa.

Un importante sector de la doctrina penal ha comenzado a profundizar en la teoría del bien jurídico, en la vía señalada por VON LISZT. El bien jurídico es, de nuevo, procurado en la vida social, en la realidad empírica; sin

²²⁶BUSTOS RAMÍREZ: Manual, ob. cit., p. 63; BUSTOS RAMÍREZ: Control Social, ob. cit., p. 152.

embargo, para superar los inconvenientes de la fórmula patrocinada por VON LISZT, se fijan los criterios para la valoración y selección de esos bienes jurídicos, refiriéndolos a las Constituciones estatales.

En tal sentido, se ha propuesto y desarrollado una denominada “concepción jurídico- constitucional del bien jurídico”. Con arreglo a ella, es la Constitución del Estado la que fija la orientación básica para decidir acerca de la función punitiva estatal. De lo que se colige que es la Constitución la que constituye la fuente de los bienes jurídicos. No obstante, dentro de esta propia teoría se han seguido dos direcciones.

La primera dirección considera la Constitución del Estado como una fuente global, un orden general de valores supremos, o sea, de suprema jerarquía, de donde emanan los bienes jurídicos. En otras palabras, no acude a los preceptos constitucionales específicos, sino a toda la Constitución, entendiéndola como la fuente de todos los bienes jurídicos. La segunda dirección, considera los bienes jurídicos emanados de las diversas disposiciones específicas que contiene cada texto constitucional. Según esta corriente, son los preceptos constitucionales los que, en definitiva, determinan los bienes protegidos penalmente.

A la cabeza de este grupo de teorías valorativas o jurídico-constitucionales, se destaca ROXIN, este autor desde la Constitución y concretamente en la idea de Estado de Derecho, trata de fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídicos, quien ve a los bienes jurídicos como las condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común, protegidas para garantizar el orden público y el desarrollo pacífico de la vida

comunitaria²²⁷. ROXIN, señala que el Estado como garante de las condiciones de vida social, debe proteger los bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, etc. Paralelamente, junto con esa función conservadora, el bien jurídico cumpliría asimismo una función positiva de promoción y ayuda social, propias del Estado de Derecho, a cuyo fortalecimiento contribuye decisivamente, conforme al marco constitucional.

CLAUS ROXIN propone un concepto de corte liberal. Critica el denominado concepto metodológico²²⁸, y propone un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho Penal²²⁹. Considera que no solo existen bienes jurídicos individuales, ya que, por ejemplo, son también bienes jurídicos, el Estado, las divisas o la administración de justicia²³⁰. Afirma que el legislador se encuentra limitado solo por la Constitución (lo que lo lleva a hablar de un concepto constitucional de bien jurídico)²³¹ y define

²²⁷ROXIN: Problemas básicos del Derecho Penal. Reus, Madrid, 1976, pp. 11 y ss.; ROXIN: Iniciación, ob. cit., p. 32.

²²⁸ROXIN: Derecho penal. Parte general, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DEVICENTE REMESAL, Javier Ed. Civitas, Madrid. 1997, p. 54, se refiere en forma crítica, las nociones brindadas por HONIG (quien se refiere al "sentido y fin de las concretas normas del Derecho penal") y GRUNHUT, quien habla de una "abreviatura de la idea del fin". Es interesante cómo estas ideas son receptadas por JAKOBS, Günther, Derecho Penal, ob. cit, p. 50, para sostener en una de sus tantas definiciones que "el bien jurídico ha de entenderse entonces como sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares o como abreviatura de la idea del fin".

²²⁹ROXIN: Derecho Penal, T. I, ob. cit., p. 55.

²³⁰Ibidem, p. 54.

²³¹Ibidem, p. 55.

diciendo que "los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo, en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"²³².

En sentido similar se pronuncia RUDOLPHI, quien no niega la viabilidad teórica de categorizar al bien jurídico como una unidad funcional de valor. Este autor parte de la concepción de un "Estado de Derecho Constitucional", en que tan importante son las garantías formales como "la vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material".

A su juicio, la actividad estatal no solo debe sujetarse al principio de legalidad, sino que debe concretarse "en el esfuerzo por una estructuración justa e igualitaria de las relaciones humanas". De esta forma, para RUDOLPHI la actividad penal queda condicionada a "la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, es entendida por todos como razonable", será lo que esté en función de la "creación o mantenimiento de una vida social apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo" y es la Constitución la que, según RUDOLPHI, indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previos al ordenamiento penal, cuyo contenido se determina conforme a dichos valores.

²³²ROXIN: Derecho Penal, T. I, ob. cit., p. 56.

Estos valores darían una pauta para la elaboración de un concepto material de bien jurídico. Para esto, de acuerdo con RUDOLPHI, es necesario remitirse a la realidad social de donde, a partir de la indagación de los fenómenos que son lesionables por un comportamiento humano y de la perspectiva constitucional, debe revelarse el concepto de bien jurídico "como un presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo"²³³.

Luego, el sustrato material del concepto de bien jurídico, vendría dado, de acuerdo con lo expuesto, por la sociedad estatal conforme a la Constitución y por las condiciones y funciones en los cuales se basa la vida social. De esta forma, el bien jurídico se revelaría como una unidad social de función viviente, esto es, no estática, que es necesaria para la subsistencia de la sociedad constitucionalmente organizada.

Finalmente, corresponde enumerar dentro de este elenco de teorías valorativas un núcleo muy marcado de inclinación jurídico constitucional, que ha adquirido notable arraigo dentro de la moderna dogmática italiana, particularmente con los aportes de BRICOLA, MUSCO y, sobre todo, de FIANDACA. El contenido valorativo del bien jurídico toma como punto de referencia la Constitución. Al ámbito de la Carta Fundamental ha de acudir, según estos autores, en busca de las grandes directivas

²³³RUDOLPHI, H. J.: Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año IV, Buenos Aires, 1975, p. 341; CUELLO CONTRERAS, J.: Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XXIV, fascículos II y III, Madrid, 1981, p. 463.

programáticas de tutela jurídico-penal, puesto que el texto constitucional delimita el marco de los bienes jurídicos penalmente protegibles²³⁴.

El profesor QUIRÓS no está de acuerdo con esta concepción jurídico-constitucional del bien jurídico, expresa que a ella podrían formularse tres objeciones principales:

- Aun cuando ella determina que los bienes jurídicos se encuentran contenidos en la Constitución, sin embargo ha eludido precisar el concepto del bien jurídico, limitándose a establecer solo relaciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que prevé la Constitución.
- La identificación de bien jurídico y derecho fundamental puede desconocer las diferentes funciones que uno y otro concepto tienen en el ordenamiento jurídico.
- No todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el Derecho penal y, a la inversa, no todos los bienes que el Derecho penal protege deben estar necesariamente contenidos en las normas constitucionales²³⁵.

Nosotros consideramos que es en las Constituciones donde se encuentran criterios interpretativos en relación con el alcance del concepto y contenido

²³⁴FIANDACA, G.: Il bene giuridico come problema teorico e come criterio de Política Criminale, en AA.VV., "Diritto Pénale in trasformazione", Giuffré, Milano, 1985, pp. 139 y ss.; BRIGOLA, F.: Tecniche di tutela pénale e tecniche alternative di tutela, en AA.VV., "Funzioni e limiti del Diritto Pénale, Alternative di tutela", CEDAM, Padova, 1984, pp. 7 y siguientes. Citados por FERNÁNDEZ, GONZALO: Bien jurídico y principio de culpabilidad, en nota 47, en MAIER, Julio y BINDER, Alberto: Ob. cit, p. 178.

²³⁵QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual, ob. cit, p.187.

del bien jurídico, una vez que ha sido elevado a la regulación positiva puesto que esa relación social que ahora es de interés del legislador, debe hallar en la Constitución la base referencial implícita o explícitamente para su consagración como bien jurídico.

Si bien los autores discuten en cuanto a la noción de bien jurídico, existe entre ellos casi unanimidad con respecto a que su determinación debe ser de carácter material. Los autores citados coinciden en que el bien jurídico es creado por el legislador para proteger determinadas relaciones sociales, que pueden estar en peligro o sean susceptibles de lesión, en un momento determinado, y tienen un marcado carácter individual o colectivo.

De lo anterior se desprende la necesidad de conceptualizar el bien jurídico, desde nuestro punto de vista, como un ente ideal constituido por aquellas condiciones vitales para la existencia de los individuos y la satisfacción de sus necesidades, y las de la colectividad dentro del marco social recogido consensualmente en la Constitución, y que resultan protegidos por el Derecho Penal del peligro o la lesión que representan determinados comportamientos peligrosos o dañinos para la sociedad.

3.3.4.- Los bienes jurídicos penales. Su expresión en la Constitución

Desde el punto de vista externo, la Constitución puede considerarse como el resultado de un proceso consensual en la cual se plasman, sino todos, la mayoría de los valores de todas las fuerzas que contribuyeron a alcanzar dicho consenso. En este sentido, los valores que se recogen en sus normas pueden considerarse elementos esenciales del modelo de sociedad que en

ella se consagrarían, considerando que esos valores, al menos los más importantes o relevantes para la vida del individuo y la sociedad, deben ser tomados en cuenta en el momento en que el legislador realiza la selección de qué bienes considerar a la hora de elevarlos a la categoría de bienes jurídicos penales²³⁶.

Al analizar la relación existente entre la Constitución y el Derecho Penal, MARÍA LUISA CUERDA ARNAU, afirma que: “La Constitución es la expresión de los principios fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico. En la base de todo texto constitucional se encuentra latente una concepción del Derecho, que informa todas las normas que componen el sistema jurídico. Este es el motivo por el que los cambios constitucionales suelen venir acompañados de una reforma correlativa en el Código Penal”²³⁷, lo cual se corresponde con el hecho de que al tutelar la ley penal los valores y principios básicos de la convivencia social, cuando estos cambian en la Ley Fundamental, también las normas penales deben sufrir modificaciones a los efectos de atemperarse a las nuevas relaciones sociales reguladas en la Constitución.

Es precisamente a partir de la concepción del Estado Constitucional de Derechos, que se justifica la aplicación del Derecho Penal, en la medida en que resulte imprescindible para proteger los derechos de todos, a partir del hecho de que su propia aplicación supone una restricción de los derechos de

²³⁶NEYRA CASTRO, Álvaro H: El bien jurídico y la nueva criminalidad. La criminalidad informática o computacional, p. 2. Disponible en: www.monografías.com. Consultado el 15 de enero de 2011.

²³⁷CUERDA ARNAU, María Luisa: Aproximación al principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. SE. SF, p. 31.

las personas. Al respecto, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN afirman que: “La legitimidad del Derecho Penal o poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (Art. 425), que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio”²³⁸.

Sea cualquiera la manera, en que haya sido concebido conceptualmente el bien jurídico en la dogmática penal, considero que con las teorías jurídico-constitucionales se hace referencia a intereses, relaciones o posiciones que son consideradas esenciales para la vida en sociedad. Apremiar el valor y significación que esta noción contiene implica que la Constitución, en la medida en que establece los fundamentos y los lineamientos de la organización política de la sociedad, constituye el principal elemento orientador para valorar dichas relaciones y posiciones sociales.

Para algunos autores, como el ilustre jurisconsulto peruano JOSÉ HURTADO POZO, esto no significa que la Constitución sea la única cantera de donde deben ser extraídos los bienes jurídicos que merecen protección penal, ni que esta protección deba ser brindada a todos los bienes considerados en la Constitución o contra toda forma de ataque de que puedan ser objeto.

Comparto la opinión de GUILLERMO MORA GALÁN, cuando expresa que solo la Constitución posee fuerza vinculante capaz, dentro del ordenamiento

²³⁸MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍAARÁN, Mercedes: Ob. cit., p. 77, el artículo 10.2 mencionado se refiere a la Constitución española del año 1978.

jurídico, para convertirse en el único punto de mira que debe tener el legislador a la hora de conformar los bienes jurídicos penales, independientemente que a pesar de estar elevados a la categoría de bienes los postulados considerados por la Constitución, no todos ellos merecen protección mediante las normas jurídicas penales, ni mucho menos todos los ataques que pueden sufrir estos bienes deberán ser reprimidos por el Derecho Penal²³⁹.

Esos intereses, posiciones o relaciones que son el objeto de derechos, libertades o competencias establecidos por la Constitución y la legislación al brindarles protección penal, se les considera como bienes jurídicos, objetos del perjuicio, daño o menoscabo o puesta en peligro que representa o puede representar el comportamiento declarado delictuoso, por lo que la creación de las normas penales, su interpretación y aplicación no puede hacerse sino de conformidad con la Constitución, la que, a su vez, es el resultado de un proceso constituyente democrático; ahora bien, ese reconocimiento no tiene que ser necesariamente explícito, sino que puede ser de manera implícita, momento en que el texto constitucional se convierte en marco referencial sobre el que se erige la actividad legislativa penal de manera que, si desaparece esa base referencial de la Constitución, desaparece también la legitimidad del proceso de selección y reconocimiento legislativo de bienes jurídicos penales realizado por el legislador y que no ha pasado por un proceso de control constitucional, ya sea estricto o amplio.

²³⁹MORA GALÁN, Guillermo: El principio de ofensividad al bien jurídico en el Derecho Penal Cubano. Tesis en opción al Título de Especialista en Derecho Penal. Universidad de Oriente, Facultad de Derecho, Septiembre, 2007, p.18.

Al decir de CARBONELL MATEU, al valorar la relevancia constitucional de la norma penal, no podemos caer en el error de entender que el bien jurídicamente protegido se encuentre taxativamente proclamado en el texto de la Constitución, porque con ello limitaríamos muy seriamente la competencia del legislador²⁴⁰. “La Constitución contiene un sistema de valores compuestos por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, los valores que de ellos emanan, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales, y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte, la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática, sino dinámica, esto es, adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo²⁴¹.”

Lo que a nuestro juicio interesa, es no dejar en manos del legislador un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes jurídicos que deben ser tutelados mediante las normas jurídico-penales, pues, de lo contrario, marcharíamos a la par de la creciente tendencia moderna del reconocimiento, cada vez más exagerado, de bienes jurídicos que se denotan o conceptualizan con términos vagos e imprecisos y que permiten, cada vez con mayor frecuencia, juicios valorativos que posibilitan la elucubración judicial, todo ello respaldado por el progresivo aumento de la tutela penal mediante la conformación de tipos de peligro abstracto, que se distinguen por su carácter hipotético de lesión a un bien jurídico penal²⁴².

²⁴⁰CARBONELL MATEU: Derecho Penal, ob. cit., p. 35.

²⁴¹Ídem

²⁴²MORA GALÁN, Guillermo: Ob. cit., p.19.

El legislador, al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del Derecho Penal, debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos, sobre la base del principio general de que *“las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos”*²⁴³, por lo que la potestad punitiva del Estado queda limitada a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación, deben ser considerados como intrascendentes, para dichas libertades.

En fin de cuentas, nada difícil resulta comprender que cada vez que se tipifica penalmente un delito, esto supone una nueva causa de limitación de la libertad y los derechos del individuo; es por esto que las normas penales y los bienes jurídicos protegidos por ellas solo deben ser aquellas que presupongan lesiones o la puesta en peligro, relevantes al individuo o la sociedad, por lo que considero que en la actualidad se impone una minuciosa revisión de cada tipificación concreta en relación con el derecho del individuo que en las normas penales se limita.

Respecto a si las Constituciones o no constituyen un límite al poder de castigar del Estado en la conformación de ilícitos penales que protegen bienes jurídicos penales, desde el punto de vista doctrinal, se han generado profundas posiciones en las que advierten criterios divididos por los autores; algunos como el profesor JOSÉ URQUIZO OLEACHEA, plantean que: “La Constitución no puede entenderse como limitación a la conformación de

²⁴³CARBONELL MATEU: Conferencia impartida por el profesor Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, ob. cit.

bienes jurídicos. No todos los valores, principios e incluso fines que se encuentran en la Constitución, tienen fuerza capaz de convertirse en objetos de tutela penal²⁴⁴.

Por otra parte, EDUARDO MARIO CORIGLIANO²⁴⁵, dice que desde la perspectiva de la estructura normativa de una sociedad, la Constitución ocupa el rango máximo. En su interior se prevén las normas y principios generales definidores, no solo de la estructura y organización política esencial del Estado, sino también de los límites de intervención de este con los ciudadanos; el carácter fundamental de la Constitución dentro del sistema jurídico tiene como consecuencia práctica la primacía de esta norma sobre toda otra norma. De manera que si cualquiera otra norma se opone a la norma constitucional, se aplica esta última necesariamente.

La Constitución es, entonces, el criterio preferencial básico en la búsqueda de legitimidad de los valores que deben ser protegidos como bienes jurídicos. El legislador debe, por tanto, tomar en consideración en primer lugar los objetivos constitucionales, no pudiendo eludirlos o desnaturalizarlos en su desarrollo concreto. La Constitución es un límite negativo que impide al legislador reconocer como bienes jurídicos un valor cualquiera, prescindiendo de los valores definidos constitucionalmente²⁴⁶.

²⁴⁴URQUIZO OLEACHEA, José: El bien jurídico. Trabajo expuesto en el colegio de abogados de la Libertad-Trujillo, el 26 de marzo de 1998, Universidad Nacional de San Carlos y Universidad Inca Gracilazo de la Vega. Disponible en: www.derecho.usmp.edu.pe. Consultado el 15 de enero de 2011.

²⁴⁵CORIGLIANO, Eduardo Mario: Delitos de peligro: La frontera de lo punible en el Derecho Penal. Disponible en: www.ilustrados.com. Consultado el 15 de enero de 2011.

²⁴⁶FIGUEROA NAVARRO, Aldo: El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993, p.2. Disponible en: www.monografías.com. Consultado el 15 de enero de 2011.

El Tribunal Constitucional Español y parte de la doctrina están de acuerdo en subrayar el valor directamente normativo del texto constitucional, expresado en el Artículo 9.1 de la Carta Magna española, cuando plantea: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico²⁴⁷.

El Tribunal Constitucional Español también señaló, en la Sentencia No. 105/1998, lo siguiente: “Es necesario que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta, se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean Constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de derecho”.

Afirma CORIGLIANO: “En la Constitución argentina se consagra como estándar vigente en el orden jurídico argentino, que no puede haber castigo penal sin la ofensa de un interés -bien jurídico- individual de la persona humana en sí misma o en su proyección social”²⁴⁸.

Del anterior planteamiento se desprende, que el estándar a que se refiere el citado autor constituye un importante instrumento para la declaración de inconstitucionalidad de la conformación de bienes jurídicos, que no estén comprendidos dentro del sistema de valores que establece la Constitución argentina.

²⁴⁷Constitución Española aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Modificada por reforma de 27 de agosto de 1992.

²⁴⁸CORIGLIANO, Eduardo Mario: Ob. cit., p.8.

Hasta aquí hemos querido demostrar que todos los bienes jurídicos que sean merecedores de tutela penal, deben estar consagrados directa o indirectamente en la Constitución, ya que es esta la norma jurídica de mayor rango jerárquico en el ordenamiento jurídico de una sociedad; la Norma Fundamental se erige como incuestionable límite del poder de castigar del Estado, a la vez que constituye el fundamento del Derecho Penal.

El Derecho Penal debe reservarse para tutelar los valores o intereses con relevancia constitucional, los bienes jurídicos protegidos por la Constitución, que al recibir la protección de la ley penal, se convierten en bienes jurídicos penales.

3.3.5.- Clasificación de los bienes jurídicos

Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal del peligro o la lesión que representan determinadas conductas peligrosas, nos llevan por el camino de aceptar la existencia de delitos de lesión o daño y de los llamados delitos de peligro; en el caso de los primeros, la conducta antijurídica ocasiona un perjuicio actual y efectivo al bien jurídico que se conforma como una alteración o destrucción total o parcial del bien jurídico en cuestión.

En el caso de los delitos de peligro, son considerados aquellos en los que el acto prohibido por la ley trae consigo un perjuicio o afectación posible o potencial para el bien jurídico, considerándose en el orden material varias clasificaciones en relación con los delitos de peligro, entre las cuales les damos mayor importancia a la que los clasifica en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.

Si importante es la definición del bien jurídico, no menos significativo resulta el tema de su clasificación, para lo cual se han esbozado diversos criterios seguidos por los autores desde el mismo origen del término bien jurídico en la dogmática penal, cuando se hablaba de la necesidad de distinguir entre bienes morales, religiosos y jurídicos, destacándose, dentro de estos últimos, la clasificación en bienes jurídicos individuales, considerando aquellos que brindan protección a determinados intereses del hombre, visto en el plano individual, tales como la vida; y los bienes jurídicos colectivos, entre los que se incluyen aquellos que brindan protección a intereses de la colectividad considerados como indispensables, entre los que se encuentran la economía, la salud, etc.

A pesar de ser esta clasificación mayormente difundida y aceptada, existen otros criterios defendidos por diversos autores, que incluyen nuevas denominaciones a la ya vista u otros que se alejan de esta y, a pesar de no tener una alta trascendencia en las discusiones doctrinales acerca del tema, expondremos a manera de ilustración y conocimiento del estado de la ciencia.

El profesor ISRAEL ALVARADO MÁRTINEZ clasifica los bienes jurídicos en tres categorías; los individuales, referidos a la protección de intereses personalísimos del ser humano; colectivos, aquellos que protegen intereses de grupos de personas e incluye los denominados bienes difusos, asumiendo, en este caso, lo planteado por SGUBBI, autor de la teoría de los bienes jurídicos difusos, quien señala que estos son bienes amplios y que

son condicionantes del contenido de los bienes individuales, entre los que se encuentra el medio ambiente²⁴⁹.

Por otra parte, DE LA CUESTA AGUADO, plantea que los bienes jurídicos individuales y colectivos ya no constituyen dos categorías independientes, sino distintas soluciones jurídicas a distintas soluciones sociales, con única finalidad, una misma justificación e idénticos criterios de aplicación²⁵⁰.

Además de la clasificación antes descrita, asume la existencia de bienes jurídicos macro sociales o supraindividuales, los que suponen la anticipación de la intervención penal, previa al momento a la lesión de bienes jurídicos individuales.

El profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ, asume que los bienes jurídicos pueden diferenciarse sustancialmente entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político criminales. En otras palabras, estas clasificaciones expuestas anteriormente tienden a señalar que unos bienes son propios o reales y los otros son impropios o artificiales²⁵¹.

HORMAZÁBAL plantea que, a su juicio, la doctrina ha clasificado los bienes jurídicos de manera errónea en individuales y colectivos, según la titularidad de estos y según si el interesado en su conservación es una persona

²⁴⁹ALVARADO MÁRTINEZ, ISRAEL: Algunas consideraciones en torno a los delitos ambientales, p. 4

²⁵⁰DELA CUESTA AGUADO, Paz M.: Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto (VII), p.12.

²⁵¹BUSTOS RAMÍREZ, Juan: In Nuevo Foro Penal, No. 56, 1992, p. 157.

individual o el colectivo social. Esta clasificación parte de criterios patrimonialistas que no son asumibles en Derecho Penal²⁵².

La clasificación que para este autor es asumible es la de bienes jurídicos micro sociales, que son conformados por relaciones sociales concretas, pero que son de interés no solo para el individuo, sino también para el propio sistema social en que se desarrolla, entre los que define a la vida, el patrimonio, la salud; y la de los bienes jurídicos macro sociales que en realidad los identifica con los denominados bienes jurídicos colectivos, entre los que incluye al medio ambiente, la seguridad del tráfico.

El profesor RENÉN QUIRÓS, clasifica al bien jurídico atendiendo a la amplitud con la que se caracterice el grupo de relaciones sociales protegidas por el Derecho Penal, dentro del cual se han seguido dos líneas fundamentales: la de aquellos autores que asumen una clasificación bimembre (consideran solo dos categorías), y la de aquellos que optan por una clasificación trimembre, criterio por el cual se inclina considerando desde este punto de vista a los bienes jurídicos generales, particulares e individuales.

El bien jurídico general es el sistema de relaciones sociales protegido por el Derecho Penal, se relaciona con la esencia de lo delictivo, así como de la necesidad. El bien jurídico individual consiste en el tipo particular de una relación social o en un elemento particular de una relación social,

²⁵²HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Consecuencias Político Criminales y dogmáticas del Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Revista Derecho (Valdivia), online, julio 2003. Vol.14. Consultado el 15 de marzo de 2011.

amenazada o atacada por la acción u omisión socialmente peligrosa cometida por el sujeto.

El bien jurídico particular es la relación social o elemento de una relación social protegida por el Derecho Penal de los ataques o amenazas de acciones u omisiones socialmente peligrosas, común a un grupo de delitos. Atendiendo a la índole del titular del bien jurídico protegido, se ha llevado a cabo conforme a diversos criterios, pero en todos predomina una idea esencial: la naturaleza personal o colectiva de ese titular²⁵³.

En resumen, a pesar de la amplia gama de clasificaciones que podemos encontrar en los criterios emitidos por los autores, a lo largo del desarrollo de la teoría del bien jurídico, se identifica con claridad la clasificación que distingue entre bienes jurídicos individuales, personales o micro sociales, como algunos le han denominado, los que van a proteger intereses propios del hombre como ente social y cuyo titular es la persona natural; y los bienes jurídicos colectivos, universales, no individuales, macro sociales, supraindividuales o difusos, en los cuales la constatación de la existencia de un daño es prácticamente imposible y, es por esto, que en la actualidad se recurre frecuentemente a la utilización de la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto.

En este sentido, señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ que la mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de

²⁵³QUIRÓS PÍREZ, Renén: Ob. cit, p. 192 y ss.

bienes jurídicos supraindividuales -colectivos o universales- como la salud o la seguridad públicas²⁵⁴.

3.3.6.- Los bienes jurídicos en el Derecho Penal de riesgos

Sin dudas, la sociedad actual define sus bienes jurídicos al igual que todas las sociedades en un momento y lugar dado, lo han hecho para ordenar la vida social protegiendo los bienes que a juicio de la fuente de poder (pueblo, monarca, dictador) juzgaba que merecía tal protección. Pero las sociedades de cada momento histórico y de cada lugar, se han ido enfrentando en su evolución histórica a la decisión de proteger nuevos bienes jurídicos y sancionar los ataques a estos, incluso, modificando normas jurídicas básicas de esos ordenamientos. Pongamos como ejemplos, en épocas diferentes, la protección de los derechos de los indígenas en tiempo de los Reyes Católicos, el cambio del modelo inquisitorial al modelo acusatorio, a raíz de las obras de ilustrados como MONTESQUIEU, ROUSSEAU o BECCARIA, o más recientemente, la incriminación de conductas consideradas graves, relacionadas con la conducción de los vehículos a motor cuando esta se generalizó a comienzos del siglo XX. En la evolución del Derecho Penal muchas conductas pasan a ser consideradas delitos y otras dejan de serlo, con el paso de los años, aunque el grueso de conductas que la sociedad considera como gravemente repudiables se mantiene estable.

²⁵⁴SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 38.

Parece ser que en el momento en que vivimos se está produciendo una gran incriminación de conductas y una agravación de las ya incriminadas y, según sostiene la mayoría de los penalistas, se debe a que vivimos en una "sociedad del riesgo"²⁵⁵, expresión acuñada por el sociólogo alemán ULRICH BECK²⁵⁶.

El profesor SILVA SÁNCHEZ ya hizo alusión a este concepto para explicar el fenómeno de la expansión del Derecho Penal, una de cuyas causas es esta "sociedad del riesgo". El profesor SILVA señalaba que la sociedad actual, la sociedad postindustrial, se caracteriza por un "marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad"²⁵⁷. Existen ahora amenazas que provienen de decisiones que toman otros ciudadanos en el manejo de los avances técnicos en múltiples campos: medio ambiente, genética, biología, energía nuclear, informática, comunicaciones, etc. Además, la competitividad en esta sociedad tecnológica empuja a otros individuos a la marginalidad, convirtiéndose en otra amenaza para el resto de los ciudadanos. Aparecen así nuevas técnicas de delincuencia favorecidas por el progreso técnico, dentro de la delincuencia dolosa internacional

²⁵⁵Esto es, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables; que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas.

²⁵⁶BECK, Ulrich: De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo(trad. Del Río Herrmann), en «Revista de Occidente», núm. 150, noviembre 1993, pp. 19 y ss. Citado por SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2da. edición, revisada y ampliada, Civitas, 2001, en nota 25, p. 27.

²⁵⁷SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión, ob. cit., p. 27.

(ciberdelincuencia, criminalidad organizada), así como un incremento de la delincuencia no intencional (dolosa-eventual o imprudente), asociada al "fallo técnico".

De esta manera, frente a esta situación, es fácil constatar una nueva tendencia claramente dominante en la legislación a introducir nuevos tipos penales, así como una agravación de los ya existentes, produciéndose indefectiblemente una "restricción" a las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y formal. Así, la creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, no serían si no aspectos de esta tendencia general a la que cabe referirse con el nombre de "expansión"²⁵⁸.

Sin dudas que, bajo esta atmósfera de "peligro permanente", de un "nuevo o moderno derecho penal", y de la necesidad de "una política criminal eficiente", ya no solo se encuentran amenazados los bienes clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino bienes jurídicos de la "generalidad", que además describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal; protección del "bienestar" del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mercados de capital, etc.²⁵⁹.

Según un buen número de autores, la caracterización de la sociedad actual como sociedad del riesgo, configura el Derecho Penal de una determinada

²⁵⁸SILVA, SÁNCHEZ, Jesús María: La expansión, ob. cit., p. 20.

²⁵⁹HASSEMER Winfried: Crítica al Derecho Penal de hoy, (Trad. Patricia S. Ziffer), 1998, p. 54.

manera, para enfrentarse a las novedades de dicha sociedad. Ante esos riesgos tecnológicos, provenientes de cadenas de toma de decisiones complejas, o ante las nuevas exigencias de seguridad los ciudadanos, el Derecho Penal ha respondido con medidas tales como, incriminar conductas imprudentes, delitos de peligro abstracto, protección de bienes jurídicos colectivos (intereses difusos), o incrementar el número de conductas incriminadas. Es decir, se adelantan las barreras de protección, no se espera a la causación del daño al bien jurídico individual, sino que se sancionan conductas peligrosas. Se protegen más bienes y antes, en fases anteriores a la lesión del bien jurídico.

Como vemos, los sistemas penales, en los últimos tiempos han sufrido una creciente crisis inflacionista, la que se ha manifestado en tres direcciones: ha habido una expansión inflacionista de la cantidad de los bienes jurídicos penalmente tutelados, por lo que será mayor será el número de libertades individuales que se restringen, lo que provoca que el individuo tendrá un campo más limitado de actuación en el camino de conseguir su realización personal, para satisfacer sus crecientes necesidades. En segundo lugar, ha habido una extensión indeterminista del campo de denotación de los bienes tutelados, por medio del uso de términos vagos, imprecisos o peor aún, valorativos, que derogan la estricta legalidad o taxatividad de los tipos penales, permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial, lo que entorpece el proceso de interpretación de la norma por los operadores del Derecho.

En tercer lugar, tenemos una cada vez más difundida anticipación de la tutela de los bienes, mediante la configuración de delitos de peligro abstracto o presunto, caracterizados por el carácter altamente hipotético y hasta improbable de la lesión del bien²⁶⁰. De esta manera se estimula el abandono del carácter taxativo de las normas penales y, consecuentemente con esto, se atenta contra los postulados del principio de lesividad al bien jurídico, puesto que en la misma medida en que el Derecho Penal se adelanta en el cumplimiento de su función de prevención más lejos se estará de determinar la real afectación de daño que puedan sufrir los bienes jurídicos.

3.3.7.- Principio de lesividad o de protección al bien jurídico. Criterio rector de la interpretación de las normas penales

Cuando analizamos los principios que limitan al *iuspuniendi*, vimos muy sucintamente el principio de lesividad o protección al bien jurídico, pero por su importancia para la interpretación de las normas penales, dedicaremos este epígrafe a un estudio más profundo de este principio.

El Derecho Penal contemporáneo exige para sancionar penalmente una conducta, que cause un “daño o riesgo efectivo” al bien jurídico” tutelado; es lo que la doctrina ha llamado “principio de lesividad”, de lo contrario, si la conducta no tiene la potencialidad suficiente, para al menos, poner en riesgo efectivamente el bien jurídico, no puede sancionarse penalmente²⁶¹. Esto que se plantea es a lo que se le ha denominado antijuridicidad material, que

²⁶⁰FERRAJOLI, Luigi: Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Disponible en: www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf. Consultado el 15 de abril de 2011.

²⁶¹Fragmento de Sentencia pronunciada por el Juzgado Primero Penal del Circuito colombiano. Agosto 15 de 2002. Citado por MORA GALÁN, Guillermo, ob. cit., en nota 84, p. 58.

significa que la lesión sea significativa y seria, pues si las lesiones no son relevantes, son mínimas o insignificantes, el delito debe ser considerado como inexistente, lo mismo cuando no se presenta lesión o peligro de lesión alguno sobre el bien jurídico tutelado.

Al respecto, ZAFFARONI expresa que las afectaciones de bienes jurídicos exigidas por la tipicidad penal, siempre requieren una cierta entidad, es decir, alguna gravedad, puesto que no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación mínima que requiere la tipicidad penal.

La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, lo que nos revela que las conductas que, pese a adecuarse a la individualización del tipo legal, no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico, tampoco son típicas. A este fenómeno se le ha llamado "principio de la insignificancia"²⁶².

La profesora CRISTINA MÉNDEZ plantea que para dar cumplimiento al principio de lesividad es necesario que el tipo penal proteja un "auténtico" bien jurídico, cuya naturaleza o importancia haya sido lo suficientemente

²⁶²ZAFFARONI, Eugenio R.: Tratado, T. III, ob. cit., p. 230-231. Él explica que el bien jurídico y la norma permanecen "antepuestos" al tipo legal, que de esta manera lo limitan, pese a no pertenecer al mismo y que es por eso que hay conductas que se adecuen a la descripción del tipo legal y que no sean típicas. Habla que el tipo penal se compone de tipo legal (adecuación de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva hecha en el precepto legal aislado, con su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo), y del tipo *conglobante* (que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado mediante la comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra). El tipo legal, considerado ahora en forma conglobada con las demás leyes de la legislación de que forma parte, nos revela el verdadero alcance de la norma que expresa, conglobada con el universo de normas que están expresadas por el resto de la legislación a que pertenece el tipo. Ver pp. 231, 235 y ss.

contrastable; no se puede asignar a la categoría de bien jurídico a cualquier interés o directriz de carácter estatal²⁶³.

Tomando como base el planteamiento anterior de protección de un “auténtico” bien jurídico y para dar cumplimiento a los enarbolados del principio de ofensividad, es necesario exigir que este bien sea lo suficiente y realmente afectado, y que en el análisis del caso concreto lo sea indudablemente mediante la acción u omisión del agente comisor.

En tal sentido, dice FERRAJOLI, que la necesaria ofensividad al delito es la justificación de cualquier intervención utilitaria del Derecho Penal, como instrumento de tutela y su límite axiológico. El principio de ofensividad es idóneo para reducir al mínimo necesario la intervención penal y, por tanto, para reforzar su legitimidad y credibilidad²⁶⁴.

Este principio es de suprema importancia, a pesar de que hoy en día se desvirtúa con gran facilidad, sobre todo por el hecho de su interpretación y aplicación excesiva al amparo de razones de seguridad y utilidad social, lo que ha traído consigo la incorporación de figuras delictivas al catálogo de delitos de los Códigos Penales modernos merecedores de un profundo estudio, para determinar si realmente son afectados por las conductas delictivas, o si la puesta en peligro que sufren por el tipo de peligro que representan para los bienes jurídicos tutelados por esas normas, pueda interesar la respuesta del Derecho Penal, en cumplimiento de su función de

²⁶³MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: Los delitos de peligro, ob. cit., p. 321.

²⁶⁴FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta, S.A, 1995, p. 478.

protección de los bienes jurídicos como salida de *última ratio* de la política social del Estado, para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que estos puedan sufrir, como plantea el principio de lesividad; esto es, la minimización de la respuesta jurídico penal violenta frente al comportamiento delictivo.

Se le atribuyen al bien jurídico funciones que varían en dependencia de los autores, pero lo que resulta innegable es que la mayoría de ellos coinciden en que este tiene, en primer lugar, la función de establecer garantía y límites al poder de castigar del Estado, puesto que este solo podrá penar aquellas conductas que, sin dudas, menoscaban o pongan en peligro de lesión un interés jurídico tutelado por el Derecho Penal; en otras palabras, el hecho merecedor de la sanción penal lo es porque provocó una lesión o peligro de lesión al bien tutelado; en segundo lugar, se reconoce que el Derecho tiene la función de proveer de seguridad jurídica la tutela de bienes jurídicos, previendo que se realicen o se repitan conductas que los afectan de forma intolerable.

La tercera de sus funciones, que con mucha fuerza se le atribuye al bien jurídico, es la de interpretación (teleológica) que en palabras de MIR PUIG, descubre el ámbito de protección o el fundamento del injusto, por ejemplo, en el delito de lesiones debe determinarse si se afecta la salud o la integridad física de la persona²⁶⁵.

Cuando se logra precisar cuál es el bien jurídico protegido con la impresión de determinado delito, la interpretación teleológica o finalista nos permite

²⁶⁵MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal, ob. cit., p. 162.

excluir del tipo penal, ya sea las conductas que no lesionan o no ponen en peligro el interés jurídico tutelado por la ley, o ya sea aquellas que a pesar de ser típicas comportan la exclusión de la antijuridicidad por ser solo contrarias al orden jurídico en apariencia, finalmente delimitadora, tanto para el legislador como para el juez; para el primero, porque delimita su ámbito de intervención y para el segundo, pues debe tener el bien jurídico como fundamento para el cálculo de la pena, dentro de los marcos y según los principios que señale la ley, atendiendo al peligro o lesión sufrida.

BUSTOS y HORMAZÁBAL, plantean que en la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica²⁶⁶. Esto quiere decir que el proceso de interpretación de una norma penal, ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta cometida en el seno de la sociedad es de interés o tiene significación jurídico penal, es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate.

En cuarto lugar, se habla de una función sistematizadora, con la cual la noción del bien jurídico permite ordenar metodológicamente los supuestos de hecho que conforman los distintos tipos o conductas prohibidas, teniendo en cuenta su naturaleza, forma de ataque, intensidad, etc.; en fin, a decir de MARTÍNEZ OSOSRIO, los hechos punibles se describen y se clasifican en atención a un determinado bien jurídico²⁶⁷.

²⁶⁶BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán: Lecciones, ob. cit., p. 61.

²⁶⁷MARTÍNEZ OSOSRIO, Martín Alexander: La Protección de Bienes Jurídicos en el Derecho Penal (fundamento y límites desde la norma constitucional). Revista Jurídica No. 55 del Centro de Documentación Judicial. Universidad de El Salvador. Disponible en www.csj.gob.sv. Consultado el 13 de abril de 2011.

En resumen, el principio de lesividad como límite a la aplicación del *ius puniendi* constituye el criterio rector en cuanto a la interpretación del alcance de las normas jurídicas, partiendo siempre de la afectación real a un bien jurídico importante para el individuo o la colectividad.

El principio de lesividad o protección al bien jurídico no aparece regulado en nuestra Constitución ni en nuestro Código Penal. Otras legislaciones sí lo reconocen en estos dos textos legales, por ejemplo el Código Penal italiano este principio, aún cuando no expresado explícitamente, ha sido reconocido por una reciente doctrina en los artículos 43 y 49, 2do. apartado, que requieren uno la existencia y el otro la posibilidad de un "resultado dañoso y peligroso" como elemento estructural del delito. En cuanto a si dicho principio ha sido constitucionalizado en el ordenamiento italiano, FERRAJOLI expresa que: "Nuestra Constitución aún vinculando el contenido de las prohibiciones penales al respeto de muchos otros principios (de libertad, igualdad, etc.), no contiene ninguna norma que enuncie expresamente el vínculo de la ofensividad personal. Pero se ha sostenido autorizadamente que el principio en nuestra Constitución, la cual excluye que el bien constitucional primario de la libertad personal pueda ser privado por medio de penas detentivas, sino es para tutelar bienes jurídicos que a su vez son constitucionalmente relevantes. Si se comparte esta tesis, puesto que el valor constitucionalmente más relevante es el de la persona humana,

también nuestro principio de justificación externo de la ofensividad personal recibe fundamento constitucional aunque sea directo”²⁶⁸.

La legislación penal peruana acoge el principio de lesividad al bien jurídico de manera expresa en su artículo IV del Título Preliminar, al señalar: “La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes tutelados por la ley”²⁶⁹.

Este principio recogido en el citado artículo, encuentra su referente en la Constitución Política de esta República, en su artículo 2 apartado 24 inciso b) que establece: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”²⁷⁰.

3.3.8.- Constitución y bienes jurídicos penales desde la realidad jurídica ecuatoriana

En este epígrafe estudiaremos los bienes jurídicos protegidos por el legislador penal ecuatoriano y su expresión en el texto constitucional y en código penal ecuatoriano.

Nuestra ley penal sustantiva se encuentra estructurada en dos libros: uno dedicado a la Parte General y el segundo dedicado a la Parte Especial, y un total de 631 artículos son los que conforman sus títulos. Los tipos penales que regula el legislador tienen como función primordial la protección de los

²⁶⁸FERRAJOLI, Luigi: Derecho Penal mínimo, ob. cit.

²⁶⁹Decreto-Ley 635. Código Penal. Tercera Edición Oficial, Lima, Perú. Editora Jurídica Grijley, 1999.

²⁷⁰VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M: Selección de Constituciones Iberoamericanas. Editorial Félix Varela. La Habana, 2004, p. 173.

bienes jurídicos lesionados. Los bienes jurídicos que tutela el legislador penal ecuatoriano son: Delitos contra la Seguridad del Estado, tanto exterior como interior; Delitos contra las Garantías Constitucionales y igualdad racial, delitos contra la Administración Pública, delitos contra la Seguridad pública, delitos contra la Fe Pública; Delitos contra las Personas; Delitos contra la Honra; de la Rufianería y Corrección de menores; delitos contra el estado Civil; y, Delitos contra la Propiedad.

El primero de los títulos está dedicado a los delitos contra la Seguridad del Estado. Las conductas que afectan o ponen en peligro este bien jurídico son equivalentes a decir que afectan o ponen en peligro bienes de la colectividad, tales como la integridad estatal y la soberanía, la forma de gobierno contemplada en la Constitución, la garantía de los ciudadanos de la nación y la relación del Estado con otros Estados.

El segundo Título está dedicado de los delitos las Garantías Constitucional y la igualdad racial, protege los derechos de los ciudadanos establecidos en la Constitución.

En el tercer título se le ha denominado Delitos contra la Administración Pública, los delitos reunidos bajo este título protegen el adecuado desempeño de las señaladas funciones, las que resultan vitales para el desarrollo del individuo y la sociedad²⁷¹.

El cuarto título de los Delitos contra la fe Pública, habla de la seguridad de los documentos públicos, así mismo el Título v habla que habla de la

²⁷¹RIVERO GARCÍA, Danilo: Delitos contra la Administración y la Jurisdicción en Derecho Penal Especial. Tomo I. Colectivo de autores. Editorial Félix Varela. La Habana, 2003, p. 72.

seguridad pública; Título VI de los Delitos contra las personas, que consiste en el delitos de genocidio, contra la vida etc.; Título VII de los delitos contra la Honra la cual consiste en las injurias, etc.

Los delitos contra la Seguridad Colectiva, constituyen el Título III del Libro II del Código Penal, en el cual se recogen una serie de figuras delictivas que entrañan un peligro para la colectividad, ya sea en valores o en bienes materiales o humanos como es el caso de los delitos contra la Salud Pública. Esos valores de la colectividad precisamente son susceptibles en la mayoría de los supuestos típicos en su puesta en peligro, por ello son llamados delitos de peligro en común²⁷².

Al decir de MEJÍAS RODRÍGUEZ, la Seguridad Colectiva, desde una perspectiva más moderna es un bien jurídico autónomo, distinto de los bienes jurídicos propios de los sujetos pasivos que se ven implicados en las diferentes actividades, y se diversifica en cuatro direcciones fundamentales: los delitos que propiamente ponen en peligro la seguridad colectiva; los delitos que ponen en peligro la seguridad del tráfico terrestre, marítimo, aéreo y ferroviario; los delitos que ponen en peligro la salud pública y los delitos contra algunos recursos naturales que forman parte del medio ambiente²⁷³.

El bien jurídico Seguridad Colectiva recoge una amplia gama de figuras delictivas que protegen bienes jurídicos difusos, por lo que resulta difícil definir realmente su contenido esencial; además se establecen fórmulas de

²⁷²MUÑOZ CONDE, Francisco: Ob. cit., p. 450.

²⁷³MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto: Delitos contra la Seguridad Colectiva en Derecho Penal Especial. Tomo I, ob. cit., p. 141.

peligro abstracto en la redacción de los tipos penales que rompen radicalmente con los fundamentos de lesividad al bien jurídico. En el caso de los delitos contra algunos recursos naturales que forman parte del medio ambiente, no queda claro cuál es el conjunto de relaciones sociales o la relación social a proteger como interés de la colectividad. Consideramos que todas las figuras delictivas que atentan contra este bien fundamental deben ser concentradas en una misma familia, instituyéndolo como bien jurídico concreto, de ahí que su definición debe denotar una excelente técnica jurídica y una eficaz protección de este; en segundo lugar, resulta prácticamente imposible determinar la lesión y, por ende, el peligro en el que se ponen algunos de los bienes jurídicos protegidos dentro de este título, en los que basta solamente la realización de la conducta peligrosa en sí, sin que exista la necesidad de precisar y constatar el peligro para considerarla delito.

En el Título IV del Código Penal, se regulan los Delitos contra la Fe Pública, en opinión de PÉREZ PÉREZ, la división que aparece en este título fue realizada por el legislador obedeciendo a la naturaleza del objeto material de cada delito. Caprichosamente, una de las mayores dificultades a las que debe enfrentarse el jurista al interpretar los referidos tipos de la parte especial de nuestra norma penal, está determinada por la carencia en la propia norma de los conceptos requeridos para la determinación de los distintos objetos materiales sobre los que recae el tutelaje jurídico penal²⁷⁴.

²⁷⁴PÉREZPÉREZ, Pedro: Delitos contra la Fe Pública en Derecho Penal Especial. Tomo I, ob. cit., p. 274.

El bien jurídico tutelado por el legislador está determinado por la fe, en lo que crea la autoridad (en el sentido de crear, dar vida) sea a objetos, símbolos, que por provenir del Estado tienen una mayor fuerza probatoria que este les impone.

Al respecto del bien jurídico Seguridad Pública regulado en el Título V, puede definirse como plantea PÉREZ DE AGREDA, como aquel conjunto de normas del Derecho que regulan el orden de la convivencia ciudadana, orden externo y material de la misma²⁷⁵; considero que obviamente el bien jurídico lo constituye la convivencia ciudadana y no el conjunto de normas del Derecho, puesto que estas últimas constituyen el medio utilizado por el legislador para brindar tal protección. Creo que las figuras delictivas recogidas en este título no debían formar parte de la legislación penal, ya que en su mayoría carecen de peligro social; entendemos que deben ser trasladadas al Derecho Administrativo, con el cual se ofrece una solución rápida y menos agresiva al transgresor de estas normas.

Un sistema penal saturado de triviales procesos penales, por más que se esfuerce, siempre será un sistema penal ineficaz e ineficiente. Este debe proteger a los bienes más importantes de todas las agresiones más graves contra ellos; aquí partimos de simples razones de proporcionalidad entre la lesión ocasionada al bien jurídico y la lesión que ocasiona el Estado, con la pena, al autor del evento. Por otra parte, no tiene sentido sancionar una conducta, que más que una lesión concreta a un bien jurídico, constituya un

²⁷⁵RODRÍGUEZPÉREZ DE AGREDA, Grabiél: Delitos contra el Orden Público. Derecho Penal Especial. Tomo I, ob. cit., p. 197.

actuar contrario a la moral, cuando el Derecho Penal no puede crear valores, pues no es su fin ni tiene medios para ello²⁷⁶.

Dentro de este título tenemos los delitos contra el Patrimonio Cultural, que similar a lo anterior ocurre en los que a decir de CARMONA SALGADO, en la doctrina penal se considera que desde una perspectiva técnica, las infracciones que integran este título son una clara exposición de la polémica ya superada, en cuanto a considerar el carácter secundario o subsidiario del Derecho Penal; y, por tanto, puesto que son preceptos reservados a otras ramas del ordenamiento, como Derecho Administrativo, cuando se llega al Derecho Penal, la tipificación de las conductas está integrada por numerosas normas penales en blanco o excesivos elementos normativos no penales, que obligan al intérprete a acudir continuamente a la exhaustiva regulación extrapenal²⁷⁷.

En nuestra realidad, las normas conformadoras de este título y que protegen un bien jurídico de carácter colectivo, no escapan del planteamiento anterior puesto que, evidentemente, el encargado de interpretar la norma sea el operador o no del Derecho, deberá remitirse al cuerpo legislativo correspondiente.

Nos unimos al criterio de la Doctora MAYDA GOITE, cuando sostiene que en la medida en que se potencie el Derecho Administrativo, este podrá hacerse cargo de algunas infracciones cuya frontera entre el ilícito penal y el ilícito administrativo es muy estrecha, y preservar el Derecho Penal solo de

²⁷⁶RODRÍGUEZPÉREZ DE AGREDA, Grabiél: Ob. cit., p. 199.

²⁷⁷CARMONA SALGADO, Concepción: Delitos contra la Ordenación del Territorio en COBO DEL ROSAL, Manuel: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial. Tomo I. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 1997, p. 97.

aquellos casos más relevantes, como pudiera ser el tráfico internacional de bienes del patrimonio cultural de los Estados²⁷⁸.

El Título VI sistematiza los Delitos contra las personas, estos son bienes jurídicos de carácter individual, su protección mediante las normas penales debe constituir una prioridad de cualquier Estado social democrático, en el que el hombre se erige como el principal elemento de la sociedad, puesto que estos bienes jurídicos solo pueden ser protegidos de los ataques, que puedan sufrir por medio de las normas jurídico penales.

Los delitos recogidos en este título constituyen exigencias orientadas hacia la convivencia que todo Estado debe proteger, máxime cuando se protege la libertad de autodeterminación, sea física, psíquica o político-social.

La doctrina acepta de manera casi unánime que su uso en el Derecho Penal debe ser analizado en cada caso en concreto, con adecuados criterios interpretativos que permitan otorgarles el valor y significado requeridos para merecer protección por esta rama del Derecho.

Manifiesta MUÑOZ CONDE que el Derecho Penal tiene exigencias particulares que obstaculizan la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el Derecho Privado, sin que estos carezcan de validez alguna para el Derecho Penal. Se convierten entonces en un problema de interpretación, cuyo punto de partida es el concepto puro de la rama correspondiente, pero hay que examinarla a la luz de las normas jurídico-penales y comprobar las consecuencias que se deriven de su aplicación, con

²⁷⁸GOITE, Mayda: Delitos contra el Patrimonio Cultural en Derecho Penal Especial. Tomo I, ob. cit., p. 257.

lo cual se evitan confusiones que puedan dificultar las soluciones de los problemas²⁷⁹.

Después de haber analizado los bienes jurídicos protegidos en nuestro Código Penal, consideramos que es imprescindible reagrupar las familias delictivas previstas en el Código Penal ecuatoriano, especialmente aquellas que tienen rasgos comunes, de manera que se facilite la labor de interpretación de la norma jurídico penal, puesto que la incoherencia o falta de una debida sistematicidad de la ley penal, nos aleja de la cabal observancia del principio de exclusiva protección al bien jurídico.

Resulta imperioso lograr una mayor aproximación entre las regulaciones del Código Penal y los postulados constitucionales, en tanto la Constitución se erige como incuestionable límite del poder de castigar del Estado, a la vez que constituye el fundamento del Derecho Penal, propiciando de esta manera, que los bienes jurídicos penales estén expresados directa o indirectamente en el texto constitucional, sin que con esto se quiera -porque no es posible regularlos todos al amparo del Derecho Penal- que todos los bienes jurídicos recogidos en la Constitución sean protegidos por el Derecho Penal, pero sí lograr que todos los bienes jurídicos penales estén recogidos en la Constitución.

A los efectos de valorar cómo se utiliza el texto constitucional y, en específico, el análisis que realizan los jueces de la afectación a los bienes jurídicos penales, mediante la metodología cuantitativa y cualitativa, procedí a la revisión de sentencias dictadas por la Sala Penal y la Sala de los Delitos

²⁷⁹MUÑOZ CONDE, Francisco: Ob. cit., p. 304.

contra la Seguridad del Estado, que incluyó la revisión de la totalidad de esta resolución judicial del año 2010; y una muestra aleatoria de sentencias de la Sala Penal del Tribunal provincial. Siguiendo la perspectiva de la triangulación, partí de revisar los extremos anteriormente señalados, sin que esto implicara el análisis parcial del documento; todo lo contrario eran analizadas en su totalidad las sentencias seleccionadas, lo que me permitió que la unidad de análisis se configurara de lo singular a lo general.

La valoración realizada arrojó los siguientes resultados:

- 1.- De la totalidad de las sentencias revisadas, solo una tuvo en cuenta los preceptos constitucionales.
- 2.- Constatamos que los jueces en el primer Resultando se limitan solamente a narrar el hecho, no lo hacen en correspondencia con el bien jurídico afectado.
- 3.- En el quinto Considerando, cuando hacen referencia a la peligrosidad social del hecho, mencionan solamente los bienes jurídicos afectados, y no hacen alusión a las consecuencias que ese daño o peligro ha causado individual o colectivamente.
- 4.- Otras sentencias no mencionan los bienes jurídicos afectados o los confunden con otros regulados en el Código Penal.
- 5.- Otras sentencias no hacen alusión a todos los bienes jurídicos lesionados.

En cuanto a si la Constitución ecuatoriana debe consagrar directamente o indirectamente los bienes jurídicos que reciben tutela penal, la mayoría de

los entrevistados consideran que los bienes jurídicos penales sí deben estar consagrados en la Constitución cubana, de cualquiera de las dos formas; solo tres de ellos entienden que deben estar expresados solamente de manera indirecta, de lo contrario sería muy extensa la Constitución y se convertiría en una norma casuística. Los que afirmaron positivamente, lo entienden así ya que consideran que la Constitución es la ley suprema, recoge la voluntad del pueblo en general y, si el resto de las normas se derivan de la Constitución, esta debe consagrar los bienes jurídicos que merecen protección, de lo contrario el legislador puede tutelar bienes jurídicos que no merecen tutela o no tutela aquellos que sí lo necesitan; además, entienden que si la Constitución no recoge los bienes jurídicos, estos no tendrían un sustento legal y el hecho de que estén expresados en la Constitución le da más fortaleza al Código Penal, el cual sería más garantista. Algunos consideran que solamente deben estar plasmados en la Constitución los bienes jurídicos más fundamentales, entre ellos la vida; y otros no estiman necesario que la Constitución regule los bienes jurídicos penales, ni directa ni indirectamente, ya que piensan que no es ineludible que estén en la Constitución si hay una norma especial para eso, el Código Penal; según sus criterios son cuestiones que recoge el legislador cuando crea la legislación penal sustantiva.

Ya quedó claro, en epígrafes anteriores, que la Constitución es la única que posee fuerza vinculante capaz, dentro del ordenamiento jurídico, para convertirse en el único punto de mira que debe tener el legislador a la hora de conformar los bienes jurídicos penales; ahora bien ese reconocimiento no

tiene que ser necesariamente explícito, sino que puede ser de manera implícita, momento en que el texto constitucional se convierte en marco referencial sobre el que se erige la actividad legislativa penal.

Una de las cuestiones que no tengo claro, es la relación que existe entre la peligrosidad social de un hecho delictivo con la afectación a los bienes jurídicos penales, es decir, si para que un hecho delictivo sea catalogado como socialmente peligroso, debe afectar bienes jurídicos penales; las respuestas a esta pregunta también se encuentran divididas en la práctica y también en cuanto a la opinión de teóricos del Derecho..

considero que si la conducta no tiene posibilidades de dañar o poner en peligro un bien jurídico, no puede ser catalogada como delito, es decir, para que una conducta sea considerada peligrosa debe lesionar bienes jurídicos.

Comparto la opinión de GUILLERMO MORA cuando expresa que el término “peligrosidad social”, utilizado por nuestra legislación, no nos proporciona la idea de la necesaria lesividad del resultado, es decir, que la conducta de acción u omisión seguida por el agente comisor ha dañado o puesto en peligro de daño a un bien jurídico considerado importante; en cambio, la utilización del término “lesividad social” resulta adecuada para trasladar la idea de resultado de la acción u omisión, todas vez que debe comprenderse que tanto los delitos de peligro como los delitos de daños, al considerarse que los bienes jurídicos se lesionan tanto si resultan materialmente dañados, como si se colocan en una situación de peligro por la conducta del sujeto comisor. En ambos casos habría que entrar a valorar el resultado de la

acción, bien porque dañe o bien porque ponga en peligro el bien jurídico que es objeto de esta especial protección²⁸⁰.

3.3.9.- Puntos referenciales para interpretar las normas penales a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008, por los operadores jurídicos, en especial los jueces

En nuestro Código Penal no existe ningún pronunciamiento acerca de la interpretación de las normas penales a partir y desde la Constitución. Se hace necesario la inclusión de algún precepto contentivo de esta situación, debido a que la Constitución es la norma fundamental que está conformada por valores, principios, derechos, garantías y normas de organización estatal; contiene preceptos dispositivos, que directa o indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo; todo lo que hace que no pueda interpretarse el Derecho Penal de una forma fraccionada o aislada, sino en orden sistemático con el fin de encontrar un sentido a sus preceptos²⁸¹.

²⁸⁰MORA GALÁN, Guillermo: Ob. cit., pp. 56-57.

²⁸¹El Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales para la República de Ecuador. La constitucionalización del derecho penal, en su Título Preliminar, Capítulo III, artículo 3 expresa: Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La descripción del tipo penal y, en general, la comprensión de cualquier circunstancia que pueda configurar o agravar la responsabilidad penal por fuera de los presupuestos del tipo aplicable, será interpretada restrictivamente.
2. Se prohíbe el uso de la analogía y la interpretación extensiva para crear infracciones penales y ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar.

La interpretación analógica y extensiva sólo serán admisibles para excluir o limitar la ilicitud, responsabilidad o aplicación de una pena.

Por lo que nos hemos dado a la tarea de proponer los siguientes puntos referenciales, con el fin de que se interprete la norma penal a partir y desde la Constitución ecuatoriana del 2008, por los operadores jurídicos, en especial los jueces. Estos son:

1.- Comprobada la correspondencia de la acción-omisión acontecida que se encuentra en los elementos de un tipo mediante la tipicidad legal, es necesario verificar la tipicidad conglobada para demostrar la real afectación al bien jurídico constitucional.

2.- Interpretar el precepto constitucional (contentivo del bien jurídico), teniendo en cuenta los principios de interpretación constitucional.

3.- Fijar los siguientes principios como orientadores de la interpretación de la norma penal a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008.

3. En caso de conflictos sobre la comprensión, la aplicación o los efectos de una ley penal, se aplicará en el sentido más favorable a la situación de la persona infractora o presuntamente infractora. Este principio se aplicará incluso cuando la infracción se haya cometido en el extranjero y la ley que rige en dicho territorio fuere más favorable que la ecuatoriana.

4.No se podrá interpretar ni aplicar normas penales en términos que contradigan la Constitución ni los tratados internacionales de derechos humanos.

5. Cuando se trate de personas adolescentes infractores, las normas penales y sus efectos se interpretarán de conformidad con el principio del interés superior y el de prioridad absoluta, atendiendo a su grado de madurez.

6. La actividad de interpretación se apoyará también en la cosmovisión y valores culturales de los partícipes en el proceso penal y las personas afectadas por el delito.

Ver en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 1ra. edición: diciembre de 2009, pp. 89-90.

- Principio *Pro Homine* en sus dos ejes: el acusado y la víctima o el perjudicado
- Principio de protección de la convivencia y el régimen económico, político y social

4.- Interrelacionar el bien jurídico con los valores superiores del ordenamiento jurídico ecuatoriano, presentes en el artículo 1 de la Constitución 2008: Estado Constitucional de derechos, justicia social, democrática, independiente, unitaria, intercultural, pluricultural y laico.

5.- Intervincular el bien jurídico con los principios limitativos del poder punitivo del Estado, que han de incorporarse al texto constitucional ecuatoriano de 2008.

La ausencia de un desarrollo doctrinal y práctico acerca de la interpretación de las normas penales a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008, dificulta la actividad judicial en nuestro país; los jueces en su labor de interpretar y aplicar el Derecho no tienen en cuenta el espíritu y la letra de la Constitución, no la colocan en el lugar que ocupa, en la cúspide del ordenamiento jurídico; no reconocen la fuerza normativa y jurídica que tiene nuestra Carta Magna.

Los operadores jurídicos y los principales dirigentes políticos de una nación están llamados a invocar la Constitución en cada acción, a insuflarle vida, a garantizar su fuerza normativa. En cualquier caso se requiere partir de ella: para declarar un fallo, para formular conclusiones provisionales, para la

adopción de las principales decisiones políticas económicas y sociales, en fin, para la aplicación de las políticas por cada órgano del Estado²⁸².

Considero que es importante destacar el trabajo realizado por los tratadistas sobre el tema del delito preterintencional, ya esto me ha permitido realizar el presente trabajo investigativo, y de esta manera aportar para mejorar con algunos elementos que no están considerados por nuestro código para la interpretación de la preterintención.

²⁸²ZALDÍVAR ABAD, Martha Loyda: Génesis y sentimiento constitucional: hacia la legitimidad democrática, en Panorama de la Ciencia del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté. Andry Matilla Correa (coordinador). Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2009, p. 404.

4.- MATERIALES Y METODOS

4.1. Métodos.

En el proceso de investigación socio-jurídico, aplique el método científico, como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de la problemática planteada. La concreción del método científico hipotético-deductivo me permitió seguir el camino en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, procedí al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar el cumplimiento de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

En el proceso de investigación socio-jurídico apliqué el **método científico**, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca del problema científico planteado. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, procedí al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen o no las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

En la ejecución del presente trabajo también utilicé los métodos que me permitieron seguir la secuencia pertinente para la obtención respectiva de la información, análisis e interpretación jurídica de los hechos establecidos. Y me sirvieron para desarrollar el proyecto investigativo, concretamente llegar a la contrastación de la hipótesis a fin de obtener nuevos conocimientos.

Para el desarrollo de la investigación de campo, específicamente en la tabulación de los cuadros y gráficos de las encuestas utilicé el método estadístico.

La presente investigación es de tipo generativa, para la recopilación de información recurrí a las técnicas de investigación bibliográfica, documental, descriptiva, participativa y de campo.

4.2. Procedimientos y Técnicas.

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, auxiliado de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta.

La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática de las instituciones públicas de la Función Judicial, Fiscalía y Defensoría Pública, así como profesionales del Derecho,

previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas; en la técnica se planteó un cuestionario derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación empírica se presentan en gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

5.- RESULTADOS

5.1.- RESULTADO DE LA ENCUESTA.

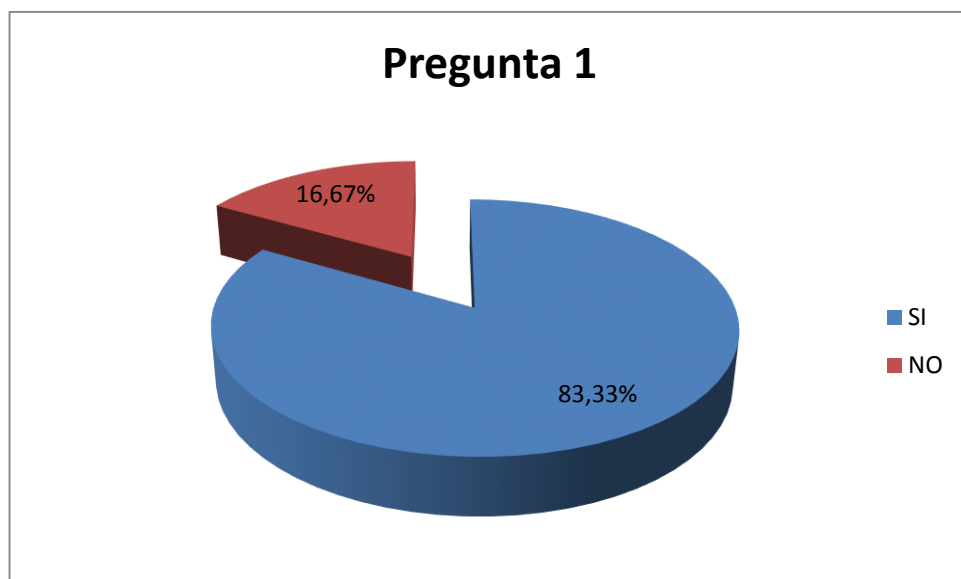
La técnica de la encuesta fue aplicada a un número de 30 profesionales del Derecho entre ellos, Abogados en libre ejercicio, funcionarios judiciales, de la Fiscalía y Docentes Universitarios, para esto elaboré un formulario de cuatro preguntas, obteniendo el siguiente resultado:

1. ¿Considera usted que la Constitución deba consagrar directa o indirectamente los bienes jurídicos que reciben tutela penal?

Pregunta 1		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83,33
NO	5	16,67
TOTAL	30	100,00

Fuente de encuesta: Jueces, Fiscalía y Abogados en Libre Ejercicio

Autor: Felipe Neptalí Solano Gutiérrez



Del universo de encuestado el ochenta y tres por ciento considera que la Constitución debe consagrar directa o indirectamente los bienes jurídicos

que reciben tutela penal; el dieciséis punto sesenta y siete por ciento considera que no se debe consagrar directa o indirectamente a los bienes jurídicos que reciben tutela penal en la Constitución.

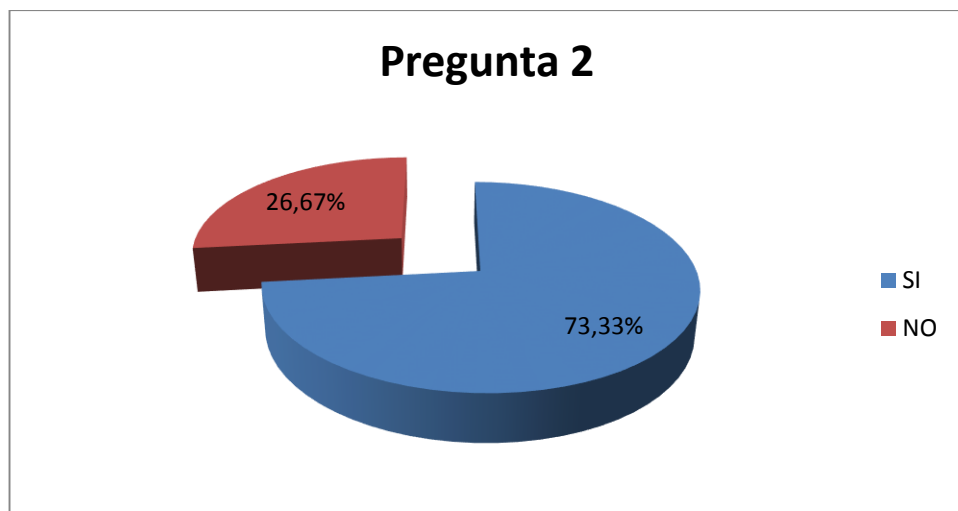
Resulta claro que la mayor parte de los encuestados piensan que es mejor que en nuestra Constitución exista de manera directa o indirecta consagrados los bienes jurídico que merecen tutela penal.

2. ¿A su criterio, existe alguna relación entre la peligrosidad social de un hecho delictivo con la afectación a bienes jurídicos?

Pregunta 2		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73,33
NO	8	26,67
TOTAL	30	100,00

Fuente de encuesta: Jueces, Fiscalía y Abogados en Libre Ejercicio

Autor: Felipe Neptalí Solano Gutiérrez



Del universo de encuestados el setenta y tres punto treinta y tres por ciento, considera que si existe una relación entre la peligrosidad social de un hecho delictivo con la afectación a bienes jurídicos; y el veintiséis punto sesenta y

siete por ciento piensa que no existe ninguna relación entre la peligrosidad social de un hecho delictivo y con la afectación a bienes jurídicos

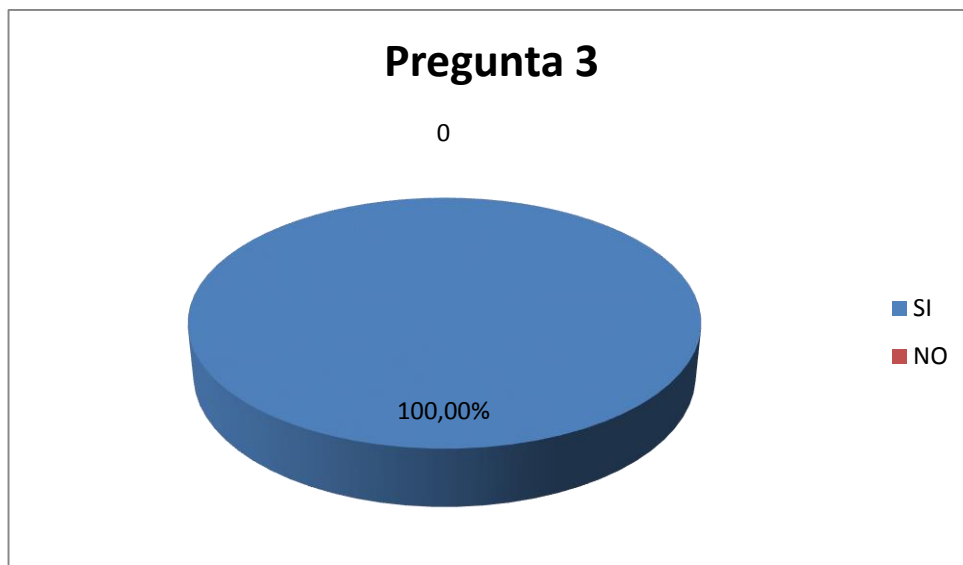
La mayoría de los encuestados coinciden en que si no hay afectación al bien jurídico, no hay peligrosidad social, estiman para que se considerar delito una conducta debe lesionar a un bien jurídico, de lo contrario no es delito. La mayor o menor afectación de una conducta se valora en dependencia de la afectación que ha creado a un bien jurídico: otros opinan lo contrario, consideran que la peligrosidad social no depende del bien jurídico vulnerado, su gravedad o no, no está dada por el delito que se analiza, sino por el actuar del acusado para lograr la comisión del ilícito penal; la peligrosidad está en correspondencia con el hecho que se cometa, con la ejecución del acto.

3. Usted en su función como jurista al valorar para un caso penal, ¿tiene en cuenta la afectación a bien jurídico? En caso de ser afirmativa su respuesta ¿en qué momento procesal la aprecia?

Pregunta 3		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0
TOTAL	30	100

Fuente de encuesta: Jueces, Fiscalía y Abogados en Libre Ejercicio

Autor: Felipe Neptalí Solano Gutiérrez



Del universo de encuestados el cien por ciento considera que si tienen en cuenta la afectación a bien jurídico en todo momento del proceso penal;

Los Abogados, Fiscales y jueces encuestados afirman que ellos valoran la afectación al bien jurídico en todo momento del proceso penal; los Abogados y fiscales lo tienen en cuenta desde la denuncia, la determinación de la medida cautelar o cambio de medida, en las conclusiones provisionales en la narración de los hechos; y, los jueces en la deliberación y en la sentencia, en el primer y segundo resultado; sin embargo algunos jueces, aunque lo tienen en cuenta, consideran que la afectación al bien jurídico no es indispensable para individualizar la pena.

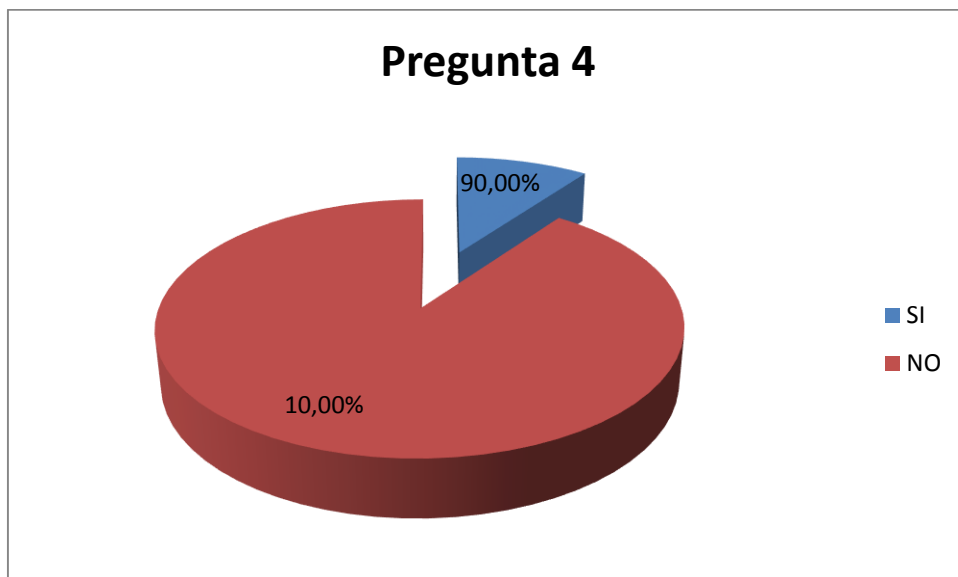
4. ¿Usted interpreta y aplica la norma penal, ¿parte de los preceptos constitucionales?

Pregunta 4		
INDICAORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	90
NO	27	10

TOTAL	30	100
-------	----	-----

Fuente de encuesta: Jueces, Fiscalía y Abogados en Libre Ejercicio

Autor: Felipe Neptalí Solano Gutiérrez



Del universo de encuestados el noventa por ciento considera que no se interpretan y aplican la norma penal, y un diez por ciento considera que si interpretan y aplica la norma penal.

En la primera para sobre la interpretación y aplicación de la normas penales a partir y desde la Constitución los jueces encuestados afirman que no es una práctica tener en cuenta los preceptos constitucionales, pero que deberían hacerlo ya que de esta forma sus sentencias tendrían mayor sustento legal; un número menor considera que las normas penales deben responder a los principios constitucionales y no solamente a ellas, sino al resto del ordenamiento jurídico.

6.- DISCUSIÓN

6.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Los Objetivos propuestos para ser verificados dentro del presente trabajo investigativo son los siguientes:

OBJETIVO GENERAL

Fundamentar, a partir de una sistematización doctrinal, histórica y comparada, un conjunto de puntos referenciales que coadyuven a la Interpretación de la Ley Penal en Ecuador a partir y desde la Constitución de 2008, en aras de perfeccionar la actividad judicial ecuatoriana.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo general se verifica en forma satisfactoria en cuanto la totalidad del presente estudio, y sobre el sustento doctrinario, analítico y crítico que se lo ha expuesto en el contenido del trabajo investigativo y que permiten establecer que existe toda una gama de elementos que se deben considerar para la interpretación de la ley Penal a partir y desde la Constitución.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1.- Fundamentar la necesidad e importancia de una adecuada interpretación de las normas para la aplicación del Derecho, haciendo referencia a las principales posiciones doctrinales en torno a la Interpretación Jurídica, sus métodos y clases.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo específico se consigue con el desarrollo de la revisión de literatura, análisis doctrinario y jurídico y visión crítica que conlleva el presente trabajo.

2.- Valorar, a partir de un análisis doctrinal, la trascendencia de la Interpretación Constitucional y la necesidad de una práctica adecuada de esta institución en nuestro país

VERIFICACIÓN.- Este objetivo específico se verifica en forma satisfactoria en cuanto la totalidad del presente estudio, y sobre el sustento doctrinario, analítico y crítico que se lo ha expuesto en el contenido del trabajo investigativo

3.- Argumentar la necesaria correlación entre Constitución, normas penales y bienes jurídicos como punto de partida para fundamentar la importancia de interpretar la Ley Penal en Ecuador, a partir y desde el contenido y la esencia de la Constitución ecuatoriana de 2008.

VERIFICACIÓN.- Este objetivo específico se verifica en forma satisfactoria en cuanto a la totalidad del presente estudio, y sobre el sustento doctrinario, analítico y crítico que se lo ha expuesto en el contenido del trabajo investigativo, como también en la pregunta tres en la cual de forma contundente se manifiesta que si existe afectación a bienes jurídicos.

6.2 CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

No existe una adecuada interpretación de la ley Penal a partir desde la Constitución de 2008, por parte de los operadores de justicia, que este acorde con los principios y garantías establecidos en la misma.

Este supuesto hipotético ha sido verificado a través de los siguientes fundamentos obtenidos de la presente investigación.

Es evidente y se ha podido establecer con absoluta precisión y veracidad que no existe una interpretación de la ley penal a partir y desde la Constitución del 2008, se verifica de manera contundente en la pregunta cuatro en la cual se manifiesta que no es una práctica tener en cuenta los preceptos constitucionales, quedando de esta manera demostrado que no hay una interpretación de la Ley Penal.

7. CONCLUSIONES

Con la realización de esta investigación hemos arribado a las siguientes conclusiones:

Primera: La Interpretación del Derecho o Interpretación Jurídica es un proceso sustentado en criterios lógicos, históricos y dialécticos, con el cual se dota de significado a un enunciado jurídico a los efectos de lograr no solo su correcta aplicación, sino también para que resulte racional para todos los ciudadanos que conforman la sociedad. Bien empleada nos conduce por el camino correcto, pero su mala utilización nos puede llevar a las más crueles injusticias.

Segunda: La Interpretación Constitucional se erige como un tipo especial de interpretación, que cuenta con postulados propios, pero a la vez se encuentra estrechamente ligada a la Interpretación del Derecho de la cual toma conceptos, elementos, métodos, entre otros presupuestos.

Tercera: La Interpretación Constitucional es necesaria cada vez que ha de aplicarse el Derecho, así como también cuando ha de darse respuesta a una cuestión que la normativa ordinaria no responda o de tipo constitucional que el propio texto no expresa directamente, con el objetivo de hallar el resultado constitucional adecuado, y que, mediante un procedimiento racional y controlable, produzca una autointegración del ordenamiento jurídico.

Cuarta: El control de la constitucionalidad en nuestro país, a pesar de que cuenta con la participación de todo el aparato estatal, es un procedimiento complejo y difícil, y en estos momentos es cuestionable su regulación

jurídica. Realmente, no se cuenta con un mecanismo efectivo de control, que resuelva esto de manera rápida y con profesionalidad en este sentido.

Quinta:La Interpretación Constitucional en nuestro país es insuficiente, lo que se debe a determinados factores como la negación de la directa aplicabilidad de nuestra norma suprema, y la no existencia de un procedimiento para la realización de esa interpretación.

Sexta:Las teorías constitucionalistas que explican qué entender por bienes jurídicos son las únicas capaces de imponerse de manera necesaria e imprescindible al legislador, a la hora de la creación de los ilícitos penales.

Séptima:No todos los bienes jurídicos son merecedores de tutela penal, ya que hay daños, menoscabos a los derechos, a las libertades, que pueden ser solucionados por otras ramas del Derecho, por ejemplo el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, sin necesidad de la intervención penal; deben ser agotadas todas las vías posibles antes de invocar las normas del Derecho Penal. Pero sí todos los bienes jurídicos penales deben estar consagrados en la Constitución de manera implícita o explícita, la cual se erige como incuestionable límite del poder de castigar del Estado.

Octava:El principio de lesividad como límite a la aplicación del *iuspuniendi* constituye el criterio rector en cuanto a la interpretación del alcance de las normas jurídicas, partiendo siempre de la afectación real a un bien jurídico importante para el individuo o la colectividad.

Novena: En nuestro Código Penal existe falta de sistematicidad en la redacción de los tipos penales, y bienes jurídicos que carecen de

significación social, vulnerándose de esta forma los principios de mínima intervención y de lesividad al bien jurídico, conformadores de un Derecho Penal garantista, con los cuales solo se debe brindar protección penal a los bienes jurídicos más trascendentales para la vida social.

Decimo: La Constitución contiene preceptos dispositivos, que directa o indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo; al estar conformada la norma fundamental de valores, principios, derechos, garantías y normas de organización estatal, hacen que no pueda interpretarse el Derecho Penal de una forma fraccionada o aislada, sino en orden sistemático con el fin de dotar de significado a sus preceptos.

Decimoprimer: En nuestro Código Penal no existe ningún precepto contentivo de la interpretación de las normas penales a partir y desde la Constitución.

Decimosegundo: La mayoría de nuestros jueces, en su labor de interpretar y aplicar las normas penales no parten de los preceptos constitucionales, no reconocen la fuerza normativa y jurídica que posee nuestra Carta Magna; no tienen en cuenta los bienes jurídicos lesionados por la comisión de delitos; para ellos, la afectación al bien jurídico no es un elemento indispensable para individualizar la pena, ni para declarar un hecho como socialmente peligroso.

8. RECOMENDACIONES

Sobre la base de las conclusiones obtenidas y con la finalidad de perfeccionar el ordenamiento jurídico y el aparato estatal ecuatoriano, dirigimos las siguientes recomendaciones a:

1.- La Asamblea Nacional y a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales:

-Perfeccionar el mecanismo de control constitucional de las leyes u otros actos normativos en Ecuador, valorándose las disímiles propuestas que en este sentido se han realizado, de manera que se adopte lo que más contribuya a mantener la fuerza jurídica suprema de la Constitución y que se adecue al diseño constitucional ecuatoriano.

- Si se mantiene el actual procedimiento del control constitucional de las leyes u otros actos normativos que se reconozca de manera expresa en nuestra Constitución, la atribución de interpretar el texto constitucional por parte de la Asamblea Nacional.

- Incorporar a la Constitución ecuatoriana, la exigencia de la directa aplicabilidad y fuerza vinculante de sus preceptos.

- Reconocer de manera expresa en el texto constitucional ecuatoriana los principios limitativos del poder punitivo del Estado, dimensionándolos en la legislación penal sustantiva y adjetiva.

- Que se incorpore al Código Penal ecuatoriano, un pronunciamiento sobre la interpretación de la norma penal, con carácter restrictivo, prohibiendo la analogía e inspirándose en el espíritu y la letra de la Constitución.

9.- BIBLIOGRAFIA

Libros:

- 1.- AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Editorial EDERSA. Madrid, 1999.
- 2.-ALBALADEJO, Manuel: Derecho Civil. Tomo I, Volumen II. 4ta. edición, Librería Bosch-Ronda Universidad, Barcelona, 1975.
- 3.- ÁLVAREZ CONDE, Enrique: Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. Tecnos, Madrid, 1992.
- 4.- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando: Comentarios a la Constitución Socialista. Pueblo y Educación, La Habana, 1988.
- 5.- APARISI Ángela y DE LUCAS, Javier: Introducción a la Teoría del Derecho. 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- 7.- ARAMBURO, Mariano: Filosofía del Derecho. Instituto de las Españas en los Estados Unidos, Nueva York, 1928.
- 8.- ASEFF, Lucía María: La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general. Ed. Juris, Argentina, 2004.
- 9.- BACALLAO AMILL, Waldo: La Interpretación de la Ley. Lex, La Habana, 1952.
- 10.- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Delito y punibilidad. Civitas, Madrid, 1983.
- 11.- Derecho Penal. Parte General. 2da. ed. Hammurabi, SRL, Buenos Aires, 1999.
- 12.- Principios constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL, 1999.
- 13.- BAIGÚN, D.: Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Depalma, Buenos Aires, 1967.
- 14.- BAUMANN, Jorgen: Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Depalma, Buenos Aires, 1981.

- 15.-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis: Manual de Derecho Penal. Parte General. Instrumentos y principios básicos. Barcelona, Ed. Praxis, 1994.
- 16.- BETTI, Emilio: Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1975.
- 17.- BINDER, Antonio: Justicia Penal y Estado de Derecho. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- 18.- BORDA, GUILLERMO A: Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Ed. Perrot, Bs. As. 1970.
- 19.- BORJA, Rodrigo: Derecho Político y Constitucional. 2da edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- 20.-BRUERA, Hugo y BRUERA, Matilde: Derecho Penal y Garantía Individuales. Editores Juris, Argentina, 2000.
- 21.- BURDEAU, Georges: Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Traducción de Ramón Falcón Tello, Torregalindo, Madrid, 1981.
- 22.- BURGOA IGNACIO:Derecho Constitucional Mexicano.México, Ed. Porrúa, 1989.
- 23.-BUSTAMANTE y MONTORO, Antonio S.: Introducción a la Ciencia del Derecho. 2da edición, Jesús Montero, Obispo 521, La Habana, 1945.
- 24.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1982.
- 25.- Control social y sistema penal. P.P.U., Barcelona, 1987.
- 26.-Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ta. Edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HormazábalMalarée. Editorial PPU, S.A., Barcelona, 1994.
- 27.- Introducción al Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1986.

- 28.- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Lecciones de Derecho Penal. Vol. I. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- 29.-Significación social y tipicidad, en Estudios Penales, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- 30.- CAÑIZARESABELED, Fernando: Teoría del Estado. Pueblo y Educación, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1975.
- 31.-CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón: Elementos de análisis jurídico.EditorialTrotta, 1999.
- 32.- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. 2da edición adaptada al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch, 1996.
- 33.- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises: La Interpretación Judicial Constitucional [en línea], 1996. Disponible en:
<http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojurídica/bibliojuridica/www.bibliojuridica.org/libros/libro.html=867.htm>.
- 34.- CARPIZO, Jorge: Estudios Constitucionales. Universidad Autónoma de México, 2da edición, México, 1983.
- 35.- CASTÁN TOBEÑAS, José: Derecho Civil Español, Común y Foral. 14ta edición, Reus, Madrid, 1987.
- 36.- CEREZO MIR, José.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo I, II, III. Teoría jurídica del delito / 2. EditorialTecnos, Madrid, 2002.
- 37.- COBO DEL ROSAL, Manuel: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, 1996.
- 38.-VIVES ANTÓN, T.: Derecho Penal. Parte General. 5ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- 39.- COLECTIVO DE AUTORES: Derecho Penal Especial. Tomo I, II y III. Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- 40.- COLECTIVO DE AUTORES: La crisis del Derecho y sus alternativas. Consejo Nacional del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- 41.- COSSIO, Carlos: La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1944.
- 42.- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho). 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 1993.
- 43.- DE TOCQUEVILLE, Alexis: La Democracia en América. Universidad Autónoma de Centro América, Costa Rica, 1986.
- 44.- DÍAZ, E.: Sociología y Filosofía del Derecho. Taurus, Madrid, 1992.
- 45.- DUALDE, Joaquín: Una Revolución en la lógica del Derecho. Ed. Librería Bosch, Barcelona, España, 1933.
- 46.- ENTENZA ESCOBAR, Pedro Fernando: La norma jurídica civil. Ed. J. CEBRIAN, La Habana, Cuba, 1957.
- 47.- ESCRTVA GREGORI, J. M.: La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1976.
- 48.- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho. Félix Varela, La Habana, 2002.
- 49.- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J.: Derecho Penal Fundamental. Temis, Bogotá, 1989.
- 50.- FERRAJOLI, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta, S.A, 1995.
- 51.- FROSINI, Vittorio: La letra y el espíritu de la ley. 1ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 1995.

- 52.- FUEYOLANERI, Fernando: Interpretación y Juez. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- 53.- GARCERÁN DE VALL, Julio: El Juez. Ed. Librería Martí. La Habana, Cuba, 1957.
- 54.- GARCÍA COTARELO, R. y DEBLAS GUERRERO, A.: Teoría del Estado y Sistemas Políticos, Tomo I. Facultad de Ciencias Económicas, (sin año la edición consultada).
- 55.- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. 1ª ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, España, 1984.
- 56.- GARCÍA PELAYO, Manuel: Derecho Constitucional Comparado. 2da. ed., Manuales de la Revista de Occidente, Bárbara de Braganza, Madrid, 1951.
- 57.- GARRIDO MONTT, Mario: Derecho Penal. T.I. Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- 58.- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J.: La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales. 1ª ed., Ed. Palestra Editores, Lima, Perú, 2003.
- 59.- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar: El derecho en la teoría de la sociedad de NiklasLuhmann. Bosch, Barcelona, 1993.
- 60.- GINER, Francisco y CALDERÓN, Alfredo: Filosofía del Derecho. Ed. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1898.
- 61.- GRITAMA GONZÁLEZ, Manuel: Introducción al Estudio del Derecho. 2da edición, Escuela social, Valencia, (sin año la edición consultada).
- 62.- GUASTINI, Ricardo: Estudios sobre la interpretación jurídica, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001.
- 63.- GUERRALÓPEZ, José: Derecho Civil. Parte General y Persona. Editora de la Facultad de Derecho, La Habana, 1948.

- 64.- GUERRERO LARA, Ezequiel y GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique (compiladores): La Interpretación Constitucional de la Suprema Corte de Justicia (1917-1982), tomo IV, Universidad Autónoma Nacional de México, 1985.
- 65.- HASSEMER Winfried: Crítica al derecho penal de hoy, (Traducción de Patricia S. Ziffer), 1998.
66. - Fundamentos del Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1984.
- 67.- MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch-Bosch, Barcelona, 1989.
- 68.- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal). Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1991.
- 69.- HURTADO POZO, José: Manual de Derecho Penal. Eddilli, Segunda Edición, Lima, 1987.
- 70.- JAKOBS GÜNTHER: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid. 1995.
- 71.- JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de Derecho Penal. Parte General, (traducción de la 3ª ed. y adiciones del Derecho Penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde). Editorial Bosch, Barcelona, 1981, T. I.
- 72.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Abeledo-Perrot, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1958.
- 73.- KAUFMANN, Armin: Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. (traducido por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón). Editorial de Depalma, Buenos Aires, 1977.
- 74.- HASSEMER y ROBLES: Pensamiento jurídico contemporáneo. Ed. Debate, Madrid, España, 1992.

- 75.- KELSEN, Hans: El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Versión del alemán por Luis Legaz y Lacambra, 1ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1933.
- 76.- La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho. Losada, Buenos Aires, 1941.
- 77.- LARENZ, Karl: Metodología de la Ciencia del Derecho. 2ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2001.
- 78.- LATORRE, Ángel: Introducción al Derecho. 7ª ed., Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1991.
- 79.- LEGAZLACAMBRA, Luis: Filosofía del Derecho. Ed. Bosch, España, 1953.
- 80.- LUHMANN, Niklas: Sistema jurídico y dogmática jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- 81.- Ilustración sociológica y otros ensayos. Sur, Buenos Aires, 197.
- 82.- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Curso de Derecho Penal. Parte General I. El “iuspuniendi” (la potestad punitiva). Editorial Universitas, S.A., Año 1996.
- 83.- MACHADO, José: Comentarios al Código Civil. Tomos I y II. Ed. Puga, La Habana, 1950.
- 84.- MAIER, Julio y BINDER, Alberto: El Derecho Penal hoy. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- 85.- MATILLA CORREA, Andry (coordinador): Introducción al Estudio al Derecho. Centro Gráfico de Reproducciones para el Turismo “General José Miró Argenter”, Holguín, (sin año la edición consultada).
- 86.- MAURACH, Reinhart: Tratado de Derecho Penal. T. I. Editorial Ariel, Barcelona, 1962.

- 87.- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, 1993.
- 88.- MERINO BRITO, Eloy: La Interpretación Constitucional. Jesús Montero. Biblioteca Jurídica de autores cubanos y extranjeros, Volumen CXXXIII, La Habana, 1949.
- 89.- MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal. Derecho Penal. Parte General, 6ª edición. Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- 90.- Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosch, Barcelona, 1976.
- 91.- Introducción a las bases del Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1976.
- 92.- MOCCIA, Sergio: El Derecho Penal entre ser y valor. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- 93.- MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción al Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1975.
- 94.- GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte General. 3ra Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- 95.- NINO, Carlos Santiago: Introducción al análisis del Derecho. 8ª ed., Ed. Ariel Derecho. Barcelona, España, 1997.
- 96.- NOVOA MONREAL: Curso de Derecho Penal Chileno. T. I. Ediar-Conosur, Santiago de Chile, 1985.
- 97.- OUVIÑA, Guillermo: Teoría actuales en el Derecho Penal. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- 98.- PÉREZ ALGAR, Félix: La interpretación histórica de las normas jurídicas. Ed. J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1995.

- 99.- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del Artículo 3.1 del Código Civil. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994.
- 100.- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: De la interpretación e integración contractual, en Derecho de Contratos, Tomo I, Ed. Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003.
- 102.- PÉREZ ROYO, Javier: Curso de Derecho Constitucional. 9na. Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003.
- 103.- PRIETO SANCHÍS, Luis: Apuntes de Teoría del Derecho. 2ª ed., Ed. Trotta. Madrid, España, 2007.
- 104.- PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette: Selección Legislativa de Derecho Constitucional Cubano, Félix Valera, La Habana, 2002.
- 105.- Temas de Derecho Constitucional Cubano. Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.
- 107.- PUIG PEÑA, Federico: Introducción al Derecho Civil Español Común y Foral. 2da.edición. Ed. Bosch. Barcelona, España, 1942.
- 108.- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Introducción al Derecho Penal. Barcanova, Barcelona, 1981.
- 109.- QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual de Derecho Penal I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- 110.- Introducción a la Teoría del Derecho Penal. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- 111.- RADBRUCH, Gustav.: La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento. Universidad Nacional de Córdoba, 1963.
- 112.- Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- 113.- RECASENS SICHES, Luis: Filosofía del Derecho. Versión Taquigráfica del Ciclo de Conferencias de Filosofía del Derecho sobre el tema “La Estimativa

Jurídica”. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1939.

114.- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: Derecho Penal. Parte General. Gráficas Carasa, Madrid, 1977.

115.- RODRÍGUEZ MORILLO, Gonzalo: Aplicación judicial del Derecho. La lógica de la argumentación jurídica. Ed. Civitas, Madrid, España, 1988.

116.- ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte General, T. I.Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y GarcíaConlledo, y Javier DeVicenteRemesal. Ed. Civitas, Madrid. 1997.

117.- Iniciación al Derecho Penal de hoy. Reus, Madrid, 1974.

118.- Problemas básicos del Derecho Penal. Reus, Madrid, 1976.

119.- SABATER, Asensi: Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1996.

120.- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel: El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal. Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Universidad de Valladolid, 1999.

120.- SAVIGNI, KIRCHMANN, ZITELMAN, KANTOROWICZ: La Ciencia del Derecho, Una Revolución en la lógica del Derecho. Ed. Librería Bosch, Barcelona, España, 1933.

121.- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Bosch, Barcelona, 1992.

123.- La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. 2da. edición, revisada y ampliada, Civitas, 2001.

124.- SILVESTRONI, Mariano: Teoría constitucional del delito. 1ra. ed, Buenos Aires, Editores Del Puerto. 2004.

- 125.- SOLER, Santiago: Derecho Penal Argentino. T. I, II y III. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.
- 126.- SORIANO, Ramón: Compendio de Teoría General del Derecho, Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1986.
- 127.- STAMMLER, Rudolf: El Juez. Traducción de Emilio Fernández Cámos, Ed. Cultural, S.A., Habana, Cuba, 1941.
- 128.- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando: El Derecho y la Ciencia del Derecho. 1ª ed., Ed. UNAM, México, 1986.
- 129.- TRELLES BOISSIER: Derecho Civil. Prontuario, La Habana, 1952.
- 130.- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo: El Derecho Penal de la Democracia. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993
- 131.-VILLABELLA ARMENGOL, Carlos M: Selección de Constituciones Iberoamericanas. Editorial Félix Varela. La Habana, 2004
- 132.- VON LISZT, Franz: La idea de fin en el Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. Universidad de Valparaíso de Chile, México, 1994.
- 133.- Tratado de Derecho Penal, (traducido por Jiménez de Asúa). Tomo II. Editorial Hijos del REUS, Madrid, 1917.
- 134.- WELZEL, H., Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- 135.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico penales, "Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor", Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- 136.-Tratado de Derecho Penal. T.I. EDIAR, Buenos Aires, 1981.

Artículos en Revistas:

- 1.- ARRANZ CASTILLERO, Vicente Julio: “Minimalismo y Maximalismo Penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución en ocasión de XXX aniversario”, en Revista Cubana de Derecho No. 28, Julio-Diciembre 2006.
- 2.- BARATTA, Alessandro: “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en Criminología y Derecho, N° I, Montevideo, 1987.
- 3.- BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz: “Evolución del concepto del bien jurídico en la dogmática penal”, en DIKAIOSYNE No. 22, Revista Semestral de filosofía práctica. Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, Enero-Junio, 2009.
- 4.- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (coordinador): “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Revista de Derecho de Valdivia[en línea], Vol. XIX N° 1, Santiago de Chile, julio 2006. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000200016&script=sci_arttext. Consultado el 16 de mayo de 2010.
- 5.- BUSTOS, Juan y POLITOFF, S.: “Los delitos de peligro”, en Revista de Ciencias Penales, 3a época, t. XXVII, Santiago de Chile, Enero-Abril 1968.
- 6.- CASASUS, Juan J. E.: “Dos palabras sobre la interpretación de la ley”. Repertorio Judicial, Año XXIX, N° 8, La Habana, Agosto 1953.
- 7.- CUELLO CONTRERAS, J.: “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXIV, fascículos II y III, Madrid, 1981.
- 8.- DA SILVA, Virgilio: “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial” [en línea], Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 12, Enero-Junio, 2005, p. 36-48, Disponible en:
<http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojuridica/bibliojuridica/www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/12/ard/ard1.pdf>. Consultado el 18 de mayo de 2010.

9.- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ma. Dolores: “Los límites al ius puniendi”, en Anuario de Derecho y Ciencias Penales. Tomo XLVII. Facsímil III. septiembre-diciembre. Madrid. 1994.

10.- FERRAJOLI, Luigi: “El Derecho Penal Mínimo”, en Poder y Control”, N° 0, Barcelona, 1986.

11.- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: “El control de la constitucionalidad de los actos parlamentarios. Reforma Judicial”. Revista Mexicana de Justicia, Número 1, Enero-Junio, 2003.

Disponible en: <<http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojuridica/bibliojuridica/www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/1/cle/cle15.pdf>>. Consultado el 15 de junio de 2010.

12.- FROMMEL, M.: “Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de WELZEL”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLII, fascículo II, Madrid, Mayo- Agosto 1989.

13.- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: “Consecuencias Político Criminales y dogmáticas del Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. Revista Derecho (Valdivia), julio 2003. Vol.14. Consultado el 15 de marzo de 2011.

14.- LEGE, Joachim: “Reforma o interpretación constitucional”. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 9, julio-diciembre, 2003. Disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojuridica/bibliojuridica/www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/ont/9ardard7.htm>. Consultado el 20 de abril de 2010.

15.- LINARES QUINTANA, Segundo V.: La interpretación constitucional, Jurisprudencia, Argentina, Buenos Aires, año XXII, número 418, 22 de febrero de 1960.

16.- MIR PUIG, Santiago: “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como límites del IusPuniendi”, en Estudios penales y criminológicos, XIV, 1991 (Universidad de Santiago de Compostela).

Disponible en: <http://www.neopanopticum.com.ar/1/Mir.htm>. Consultado el 25 de febrero del 2011.

17.- MORÉ, Juan Bautista: “El Juez como sujeto calificador de valores, objetivos de la psicología judicial”. Repertorio Judicial, La Habana, 1939.

18.- NAVA GOMAR, Salvador: “Interpretación y reforma: dos figuras de la dinámica constitucional distintas y complementarias”. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 30, 2000. Disponible en: <<http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/bibliojuridica/bibliojuridica/www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt6.pdf>>. Consultado el 20 de abril de 2010.

19.- POUTOFF: “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado Democrático de Derecho”, en Nuevo Foro Penal, Bogotá, Julio-Septiembre, 1989, N°.45.

20.- PRIETO SANCHÍS, Luis: “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomos XIII-XIV, 1996-1997.

21.- “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 9, Mayo-Agosto, 1991.

22.- PRIETO VALDÉS, Martha: “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución Cubana de 1976. Un breve comentario”. Revista Cubana de Derecho No. 3. Enero-Junio 2008.

23.- RUDOLPHI, H. J.: “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, en Nuevo Pensamiento Penal, Año IV, Buenos Aires, 1975.

24.- SAGUES, Néstor Pedro: “Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución, No. 1, 2004, Enero-Junio. Editorial Porrúa, México.

25.- TIEDEMANN, Claus: “Constitución y Derecho Penal”. Traducción de Luis Arroyo Zapatero. Separata del No. 33 de la Revista Española de

Derecho Constitucional (Septiembre-Diciembre 1991). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>. Consultado el 12 de mayo de 2011.

26.- WELZEL: “Derecho y Ética”, en Revista de Ciencias Penales, N° 5, Enero-Abril 1977, Buenos Aires.

Legislaciones:

1.- Constitución de la República de Argentina de 22 de agosto de 1994 [en línea]. Disponible en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwearg.htm>. Consultada el 14 de octubre de 2010.

3.- Constitución de la República de Ecuador de 2008, Asamblea Nacional.

4.- Constitución Española aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 27 de diciembre de 1978. Modificada por reforma de 27 de agosto de 1992.

5.- Constitución de la República de Italia 22 de diciembre de 1947, [en línea]. Disponible en: <http://html.rincondelvago.com/constitucion-de-italia-de-1947.html>. Consultada el 12 de mayo de 2011.

6.- Constitución Política del Perú de 1993, [en línea]. Disponible en: www.laconstituciondelperu.org/. Consultada el 12 de mayo de 2011.

7.- Constitución de la República de Venezuela del 2000 [en línea]. Disponible en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweven.htm>. Consultado el 14 de octubre de 2010.

8.- Código Penal de Ecuador 2011.

Sitios Web:

1.- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel: “El juez, la congruencia y la cautela procesal” [en línea]. Disponible en: <http://www.der.unicen.edu.ar/www2/congresoprocesal/AlvarezGardiol.htm>.

Consultado el 4 de marzo de 2012

2.- ARAGÓN, Manuel: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional” [en línea].

Disponible en:

<http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_017_085.pdf>.

Consultado el 10 de febrero de 2012.

3.- CABEZAS CHAMORROY, Sebastián y SFERRAZZA TAIBI, Pietro: “Derecho Penal de riesgos. Mantenición de principios del derecho penal clásico o liberal vs. solución de conflictos de las modernas sociedades” [en línea]. Disponible en:

<http://es.scribd.com/doc/34824533/Derecho-Penal-y-Sociedad-Del-Riesgo>.

Consultado el 11 de marzo de 2012.

4.- CARBONELL, Miguel: “La Interpretación de los Derechos Fundamentales” [en línea]. Disponible en:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122004000100012&script=sci_arttext

>. Consultado el 10 de febrero de 2012.

5.- CARNEIRO, Maria Francisca: “Metodología y hermenéutica: Uno, dos, o más caminos para la interpretación del derecho” [en línea].

Disponible en:<http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Noticia_Detalhar&did=2203>.

Consultado el 20 de enero de 2012.

6.- CASCAJO CASTRO, José: “V Curso de Justicia Constitucional” [en línea].

Disponible en:<<http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/cascajo2003.htm>>. Consultado el 4 de marzo de 2012.

7.- CHACIN FUENMAYOR, Ronald: “Sobre algunos aspectos fundamentales de la interpretación constitucional: enfoques o métodos interpretativos” [en línea].

Disponible en:

<<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/mempol8/8-4.pdf>>. Consultado el 10 de febrero de 2012.

8.- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo e ISSA EL-KHOURY JACOB, Henry: “Bien jurídico y derecho de castigar del Estado. Comentarios sugeridos por una Sentencia de la

SalaConstitucional” [en línea]. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/Issa07.htm>. Consultado el 11 de marzo de 2012.

9.- CORIGLIANO, Eduardo Mario: “Delitos de peligro: La frontera de lo punible en el Derecho Penal”[en línea].Disponible en: www.ilustrados.com.Consultado el 15 de enero de 2012.

10.- DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier: “¿Combatiendo la inseguridad con inseguridad? Una aproximación al debate sobre las facultades interpretativas de Tribunal constitucional” [en línea]. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/junio06/TC_interpretacion_peru.pdf. Consultado el 4 de marzo de 2012.

11.- DELACUESTA AGUADO, Paz M.: “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto” (VII) [en línea]. Disponible en: www.geocities.com. Consultado el 18 de marzo de 2012.

12.-FERRAJOLI, Luigi: “Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”. Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica,[en línea]. Disponible en: www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf - Consultado el 15 de marzo de 2012.

13.- FERRER, Eduardo: “La Interpretación Constitucional en México” [en línea], Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/rb/rb15.htm>. Consultado el 10 de febrero de 2012.

14.-FIGUEROA NAVARRO, Aldo: “El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993”[en línea]. Disponible en: www.monografias.com. Consultado el 15 de enero de 2012.

15.- FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel: “La interpretación de la Norma Jurídica” [en línea] Disponible en: <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyuAFIEZukOpwXVXy.php>. Consultado el 20 de enero de 2012.

- 16.- FREIXES SANJÚAN, Teresa: “Los Valores y Principios en la interpretación constitucional” [en línea]. Disponible en:
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79458&orden=0&info=link>>.
Consultado el 10 de febrero de 2012.
- 17.- GARCÍA ARÁN, Mercedes: “Constitución y Derecho Penal, veinte años después” [en línea]. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net>. Consultado el 12 de enero de 2012.
- 18.- IGLESIAS VILA, Marisa: “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional” [en línea]. Disponible en:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_04.pdf>. Consultado el 10 de febrero de 2012.
- 19.- IRÁN CROSKEY, Sebastián: “El Paradigma Dogmático” [en línea]. Disponible en: <http://www.uca.edu.py/revista_juridica/articulos.php?id=110>. Consultado el 20 de enero de 2012.
- 20.- LASSALLE, Ferdinand: “¿Qué es una Constitución? Algo de Historia Constitucional” [en línea]. Disponible en:
<http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/lassalle/indice.html>.
Consultado el 12 de marzo de 2012.
- 21.- LEÓN PASTOR, Ricardo: “Criterios y Métodos para la Interpretación Jurídica” [en línea]. Disponible en:<<http://www.leonpastor.com/2007/07/criterios-y-mtodos-para-la.html>>. Consultado el 20 de enero de 2012.
- 22.- LÓPEZ SÁNCHEZ, Hiram: “Temario de Derecho” [en línea]. Disponible en:
<<http://www.monografias.com/trabajos13/temader/temader.shtml>>. Consultado el 20 de enero de 2012.
- 23.- MENACHO CHIOK, Luis Pedro: “Marco Conceptual sobre la Constitución Política” [en línea]. Disponible en: <<http://www.gestiopolis.com/economia/marco-conceptual-de-la-constitucion-peru.htm>>. Consultado el 12 de marzo de 2012.

- 24.- MORALES CASTRO, Eduardo: “El Tribunal Constitucional” [en línea]. Disponible en: <<http://blogs.periodistadigital.com/votoenblanco.php/2008/03/21/el-tribunalconstitucional>>. Consultado el 12 de marzo de 2012.
- 25.- MUÑOZ, Fernando: “Interpretación constitucional originalista en Chile” [en línea]. Disponible en: <http://materiales/Internet/mayo/sirve/interpretacion-constitucional.html>>. Consultado el 12 de marzo de 2012.
- 26.- NEYRA CASTRO, Álvaro H.: “El bien jurídico y la nueva criminalidad. La criminalidad informática o computacional” [en línea]. Disponible en: www.monografias.com. Consultado el 15 de enero de 2012.
- 27.- NOGUEIRA Alcalá, Humberto: “La interpretación judicial de la constitución” [en línea]. Disponible en: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760137.pdf>>. Consultado el 12 de marzo de 2012.
- 29.- QUIROZ, Inés: “Teoría de la Constitución” [en línea]. Disponible en: <<http://www.formacionradical.radicales.org.ar/index.php?itemid=281>>. Consultado el 12 marzo de 2012.
- 30.- ROSÓN FERNÁNDEZ, Antonio: Comentarios sobre el libro “El Derecho Penal en la sociedad del riesgo” de la profesora Blanca Mendoza Buergo [en línea]. Disponible en: http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=335. Consultado el 11 de marzo de 2012.
- 31.- SÁNCHEZ FERRO, Susana: “Justicia y Jurisprudencia Constitucional” [en línea]. Disponible en: <http://biblioteca.uam.es/paginas/Derecho/docencia/just_constitucional.html>. Consultado el 6 de enero de 2012.
- 32.- SUAZNÁBAR TERRAZAS, Laura: “Derecho Penal: antecedentes, actualidad y perspectiva”. XX Congreso Latinoamericano, XV Iberoamericano y V Nacional de Derecho Penal y Criminología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima-Perú [en línea]. Disponible en: <http://bohemiaguerrera.wordpress.com/2008/11/19/derecho-penal-antecedentes-actualidad-y-perspectiva/>. Consultado el 11 de marzo de 2012.

33.- URIBE ARZATE, Enrique: “Actualidad y perspectivas de la interpretación constitucional en México” [en línea]. Disponible en:

<<http://www.google.com/cu/search?hl=es&client=firefox-a&channel=s&rls=org.mozilla%3AesES%3Aofficial&hs=gOU&q=actualidad+y+perspectiva+de+la+interpretacion+constitucional+en+mexico+enrique+uribe&btnG=Buscar&meta=>>>. Consultado el 6 enero de 2012

34.- URQUIZO OLEACHEA, José: “El bien jurídico”[en línea]. Trabajo expuesto en el colegio de abogados de la Libertad-Trujillo, el 26 de marzo de 1998, Universidad Nacional de San Carlos y Universidad Inca Gracilazo de la Vega. Disponible en: www.derecho.usmp.edu.pe. Consultado el 15 de enero de 2012.

35.- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: “Las consideraciones político criminales en la Teoría del Delito y los Principios limitadores del ius puniendi” [en línea]. Disponible en: <http://www.galeon.com/donaires/REVISTA5/delito.htm>. Consultado el 11 de marzo de 2012.

36.- VELASCO ENRÍQUEZ, María Fernanda: “La Constitución” [en línea]. Disponible en: <<http://www.monografias.com/trabajos12/consti/consti.shtml>>. Consultado el 6 enero de 2012.

37- VERNENGO, Roberto: “La Interpretación Jurídica” [en línea]. Disponible en: <<http://html.rincondelvago.com/interpretacion-de-norma-juridica.html>>. Consultado el 12 de febrero de 2012.

38.-VITOLLO, Alfredo: “El derecho internacional y la interpretación de la constitución” [en línea]. Disponible en: <<http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia>

39.-<http://www.monografias.com/trabajos42/interpretacion-ley-penal/interpretacion-ley-penal.shtml>

40.- <http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-fuentes/derecho-penal-fuentes.shtml>

41.

<http://www.derecho.unam.mx/papime/IntroduccionalDerechoPenalVol.I/ocho.htm>

42.-http://www.kas.de/proj/home/events/56/4/year-2007/month-3/veranstaltung_id24978/index.html

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
NIVEL DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

Señor Doctor: Le encarecemos contestarnos la presente encuesta que va dirigida a recabar su ilustrado criterio en torno a la temática referente a la aplicabilidad de la sanción en los delitos preterintencionales en la legislación penal ecuatoriana, lo que constituye asunto central de nuestra tesis de Magister en Ciencias Penales.

CUESTIONARIO

- 1. ¿Considera usted que la Constitución deba consagrar directa o indirectamente los bienes jurídicos que reciben tutela penal?**

SI NO

Porque

.....
.....

- 2. ¿A su criterio, existe alguna relación entre la peligrosidad social de un hecho delictivo con la afectación a bienes jurídicos?**

SI NO

Porque

.....
.....

3. Usted en su función como jurista al valorar para un caso penal, ¿tiene en cuenta la afectación a bien jurídico? En caso de ser afirmativa su respuesta ¿en qué momento procesal la aprecia?

SI NO

Porque

.....
.....

4. ¿Usted interpreta y aplica la norma penal, ¿parte de los preceptos constitucionales?

SI NO

Porque

.....
.....
.....

Gracias por su Colaboración

ÍNDICE.

AUTORIZACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
DEDICATORIA.....	V
ESQUEMA DE CONTENIDOS.....	VI
TÍTULO.....	1
1.-RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	4
2. INTRODUCCIÓN.....	6
3. REVISIÓN DE LITERATURA.....	15
3.1 LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. PRECISIONES NECESARIAS.....	15
3.1.1.- La Interpretación Jurídica. Su definición y trascendencia para el Derecho.....	15
3.1.2.- Corrientes históricas acerca de la Interpretación del Derecho...30	
3.1.3.- La interpretación y la aplicación del Derecho: una relación indisoluble.....	55
3.1.4.- El Intérprete jurídico. Un elemento esencial.....	58
3.1.5.- Clases y métodos de interpretación jurídica: herramientas para su realización.....	60

3.1.5.1.- Clases de Interpretación Jurídica.....	60
3.1.5.2.- Métodos de Interpretación Jurídica.....	65
3.1.6.- La Analogía: consecuencia de las lagunas del Derecho.....	74
3.1.7.- La Argumentación Jurídica como discurso racional. Modelos históricos de la Interpretación Jurídica.....	76
3.2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. NECESIDAD Y EXIGENCIA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	82
3.2.1.- Origen y rasgos esenciales de la Interpretación Constitucional...83	
3.2.2.- Interpretación Jurídica y la Interpretación Constitucional ¿igual o diferente?.....	86
3.2.3.- Elementos de distinción de las normas constitucionales.....	88
3.2.4.- Ventajas y necesidad de la Interpretación Constitucional. Sus diferencias con la interpretación desde la Constitución.....	94
3.2.5.- Distinción entre valores y principios constitucionales. Peculiaridades de su interpretación.....	98
3.2.6.- Elementos del proceso interpretativo de la Constitución: principios, parámetros, límites e instrumentos.....	106
3.2.7.1.- Los intérpretes de la Constitución.....	117
3.2.7.2.- Intérpretes desde o conforme a la Constitución.....	124
3.2.8.- Clases de Interpretación Constitucional.....	128
3.2.9.- Métodos de la Interpretación Constitucional.....	130

3.2.10.- La Interpretación Constitucional a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriana.....	137
3.2.10.1.- La Interpretación Constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	138
3.2.10.2.- El intérprete de la Constitución Ecuatoriana.....	144
3.4 CONSTITUCIÓN-LEY PENAL: UN BINOMIO DESDE ECUADOR.....	148
3.3.1.- La Interpretación en el Derecho Penal. Cuestiones generales...	148
3.3.2.- El iuspuniendi: la dicotomía entre facultad-límites.....	153
3.3.3.- Bienes jurídicos: ¿un concepto sociológico o jurídico?.....	168
3.3.4.- Los bienes jurídicos penales. Su expresión en la Constitución..	190
3.3.5.- Clasificación de los bienes jurídicos.....	198
3.3.6.- Los bienes jurídicos en el Derecho Penal de riesgos.....	203
3.3.7.- Principio de lesividad o de protección al bien jurídico. Criterio rector de la interpretación de las normas penales.....	207
3.3.8.- Constitución y bienes jurídicos penales desde la realidad jurídica ecuatoriana.....	213
3.3.9.- Puntos referenciales para interpretar las normas penales a partir y desde la Constitución ecuatoriana de 2008, por los operadores jurídicos, en especial los jueces.....	224
4.- MATERIALES Y METODOS.....	228

4.3. Métodos.....	228
4.4. Procedimientos y Técnicas.....	229
5.- RESULTADOS.....	231
5.1.- RESULTADO DE LA ENCUESTA.....	231
6.- DISCUSIÓN.....	245
6.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	236
6.2 CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS.....	238
7. CONCLUSIONES.....	240
8. RECOMENDACIONES.....	243
9.- BIBLIOGRAFIA.....	254
Anexos.....	266
Índice.....	269