

LA CREATIVIDAD DE LA INTERPRETACIÓN: UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL ARTE MUSICAL*

THE CREATIVITY OF INTERPRETATION:
A COMPARISON BETWEEN CRIMINAL LAW AND MUSICAL ART

MARIO CATERINI
Università della Calabria

Fecha de recepción: 5-2-14

Fecha de aceptación: 4-9-14

Resumen: *En este escrito se comparan la interpretación musical y la jurídica, en el ámbito del más amplio movimiento cultural del Law and humanities, mirando en particular a la libertad creativa de sus intérpretes. Con específico referimiento a la hermenéutica y a las normas penales, siempre mediante el paralelismo entre Derecho y música, se examinan las cuestiones atinentes a la duda interpretativa y al canon fundamental del favor rei. Se evidencia además, la constante tensión entre el principio de legalidad, expresión de las exigencias de garantía, y la justicia del caso concreto, fundada sobre la creatividad del juez. Se propone un acercamiento hermenéutico diferenciado: es decir, en caso de que la interpretación se dirija hacia desenlaces desfavorables al autor del hecho, el canon fundamental, comparable a la idea de interpretación musical 'estricta' de Stravinsky, debería ser más 'estéril', inspirado en el principio del favor rei, que debe ser considerado como una norma de cierre basada en la racionalidad y a la certeza del derecho. En caso inverso, cuando la hermenéutica, en base a principios sobreordenados, se dirige hacia desenlaces compatibles con el favor rei, la re-creación del Derecho pudiera abrirse a interpretaciones menos rígidas, más creativas, como aquellas, en la música, de Glenn Gould.*

Abstract: *In this text musical and legal interpretation are compared, in the context of the wider cultural movement of law and humanities, with particular attention*

* Traducción y adaptación en colaboración con el Prof. José Antonio Ramos Vázquez de la Universidad de la Coruña, el Prof. Carlos Alberto Mejías Rodríguez de la Universidad de La Habana, y la Dra. María Julia Cairo Carrillo.

to the liberty and creativity of the interpreters. With specific reference to the hermeneutics of criminal laws, always through the parallelism between law and music, issues concerning the interpretative doubt and the fundamental norm of *favor rei*, are analysed, underlining the constant tension between the principle of legality; expression of the requirements of the guarantee and the justice of the concrete case, based on the judge's creativity. A hermeneutical diverse approach is suggested: if the interpretation turns towards adverse outcomes for the perpetrator, the fundamental norm, comparable with Stravinskij's strict idea of musical interpretation, should be more "sterile", based on the principle of *favor rei*, to be considered as a norm of closure based on law's rationality and certainty. On the other hand, when hermeneutics, on the base of superordinate principles, turns towards compatible outcomes with the *favor rei*, the law's re-creation could open to less rigid, more creative interpretations, like those ones, in Glenn Gould's music.

Palabras clave: Derecho, música, legalidad penal, interpretación, creatividad, garantismo penal, *favor rei*.

Keywords: Law, music, criminal legality, interpretation, creativity, safeguarding the rights of individuals, *favor rei*.

1. DERECHO Y MÚSICA

Desde la óptica de la teoría estética del Derecho¹, una de las fronteras más avanzadas del movimiento cultural de *Law and humanities*² –que se ha ido desarrollando en los países anglosajones con la tensión de indagar en las relaciones existentes entre el Derecho y otras ramas que sean de alta expre-

¹ Un acercamiento del arte al Derecho en una búsqueda más amplia dirigida a descubrir la dimensión estética del Derecho, se puede ver en D.M. CANANZI, *Prolegomeni di un'estetica del diritto*, Roma, 2008, *passim*. Para consideraciones menos recientes del tema, véase también G. MAGGIORE, "Estetica del diritto", en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. I, Padova, 1950, p. 275 ss.

² El movimiento conocido con la expresión 'Derecho y literatura', indica en un cierto sentido el significado del término inglés *humanities*, refiriéndose a todas las disciplinas humanísticas. Dicho movimiento, en su 'renacimiento' de los años '70 del siglo pasado, comúnmente se hace remontar a J.B. WHITE, *Principle and Practice of Legal Expression*, Chicago, 1972; *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, 1973. Más reciente en el mismo sentido vid. J.M. BALKIN, S. LEVINSON, "Law and the Humanities: An Uneasy Relationship", en *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 18, 2006, p. 155 ss. En lengua italiana se pueden ver los ensayos de A. SANSONE, *Diritto e letteratura*, Milano, 2001, *passim*; M.P. MITTICA, "Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo", en *Mat. stor. cult. giur.*, 2009, p. 3 ss; C. FARALLI, "Le origini di "diritto e letteratura" nel realismo americano", *ivi*, 2012, p. 2012 ss.

sión del género humano, como la literatura, la poesía, el teatro etc., es aquella de la relectura del fenómeno jurídico a la luz de los modelos utilizados por la crítica musical: *Law and music*³ (Derecho y música⁴). En un contexto completamente italiano, la investigación se abre a la comparación entre el Derecho y la música⁵.

Con respecto al problema fundamental de la interpretación⁶, en el ámbito referido del movimiento cultural norteamericano, ha sido evidenciado

³ J. FRANK, "Words and Music. Some Remarks on Statutory Interpretation", *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947; más recientemente se pueden ver los aportes de M.L. RICHMOND, "Law, Instrumental Music and Dance: Reflections of a Common Culture", *Legal Studies Forum*, num. 27, 2003, p. 783 ss.; y sobre todo de D. MANDERSON, *Songs without Music. Aesthetic Dimensions of Law and Justice*, Berkeley, 2000, *passim*; ID., "Fission and Fusion: From Improvisation to Formalism in Law and Music", en *Critical Studies in Improvisation*, 2010, vol. 6, 2010, p. 1 ss., también en <<http://www.criticalimprov.com/article/viewArticle/1167/1726>>. Para una visión original novelada de las relaciones entre el Derecho y la música, en la doctrina alemana véase D. WEBER, *Amadeus & Justitia. Musik und Recht begegnen sich*, Aachen, 2006, *passim*, en el que, a través de la historia de dos niños, además de resolver ciertos problemas jurídicos relacionados con la música, se tocan también cuestiones de la filosofía y del lenguaje. Siempre en la literatura alemana, para otras conexiones del Derecho con la música, consulta M.J. MONTORO CHINER, H. SCHAFFER (a cura di), *Musik und Recht: Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Prof. DDr. Detlef Merten*, Berlin, 1998, *passim*, donde los diversos autores abordan también cuestiones de Derecho relacionadas a la libertad artística, incluso en una perspectiva comparada, comunitaria y histórica.

⁴ Recientemente, en una perspectiva didáctica, en la doctrina penal española, véase M. ABEL SOUTO, "Desde la literatura, ópera, cine y televisión hasta las ciencias jurídicas y el derecho penal mediante la nueva técnica pedagógica del aprendizaje basado en problemas", en *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, 2012, núm. 5, p. 87 ss., según el cual la literatura, la música, el cine y la televisión, representan una rica cantera para extraer materiales pedagógicos que sirvan a la construcción del aprendizaje de las ciencias jurídicas y, en particular, del Derecho penal, según el método *Problem Based Learning* (PBL). Se propone explotar las emociones que pueden producir estas artes, con el fin de despertar el interés de los estudiantes hacia las cuestiones jurídicas, de acuerdo con el aforismo *prodesse et delectare*.

⁵ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, Messina, 1940; E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, 1948; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955. A título de curiosidad se puede recordar que en la historia de la música son muchos los músicos o musicólogos respaldados por estudios jurídicos; solo a título ejemplificativo, entre los más destacados se encuentran: Schütz, Händel, Schumann, Čajkovskij, Stravinskij e muchos más. Sobre el tema se reenvía a H. RECHENBERG, "Der Jurist in der Musik. Oder ein Beispiel für ungleiche Wechselbeziehungen", *Juristenzeitung*, 1974, p. 394 ss.

⁶ Las cuestiones interpretativas de la música, con respecto a las del Derecho, han surgido históricamente cuando surgieron los problemas de comunicación entre compositor y ejecutor. Hasta el siglo XVII, de hecho, el rol de ejecutor era prevalentemente ejercido por el

que el mejor conocimiento del fenómeno jurídico pasaría no tanto por la aplicación de la teoría y de la crítica literaria, sino más bien, a través del paradigma interpretativo musical que, en este caso, coincide más con el jurídico⁷. Los argumentos que sustentan esta tesis nacen de la constatación de que la música, al igual que el Derecho, es una disciplina ‘performativa’. La partitura se compone de una serie de signos, como pueden ser las notas, las claves, los matices, y su relativa interpretación comienza a partir de estos signos; pero en general no termina con esa actividad, la cual constituye solamente el primer paso para una comprensión del texto musical. Tanto el músico, como el jurista se encuentran, a menudo, en la necesidad de resolver otros problemas hermenéuticos debidos a la imperfección del lenguaje utilizado. El compositor puede servirse solamente de equivalentes gráficos de la música que él tiene en mente: como las notas, las palabras, los signos, reduciéndolos y traduciéndolos en música. Muchos valores musicales o son implícitos o son encomendados a pocos signos e ilustraciones convencionales de los cuales nadie, ni el mismo autor, sabría expresar el sentido ejecutivo métricamente y fonéticamente preciso e invariado⁸. Se puede decir que la obra musical, no es

compositor, o era bajo su directa supervisión, por lo cual no surgía una específica ‘cuestión’ hermenéutica, entendida como búsqueda del significado de un texto percibido por ‘otro’. Ver G. RESTA, “Il giudice e il direttore d’orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica”, *Mat. stor. cult. giur.*, núm. 2, 2011, p. 445 ss.

⁷ La comparación entre una partitura y un texto jurídico ha sido puesta de relieve en Italia, por ejemplo, por F. VIOLA, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, Palermo, 1975, p. 49 ss.; L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, Milano, 2002, p. 177; T. MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, Milano, 2007, p. 114. La relación entre Derecho y música ha sido investigada también a través de la variante *law and music*, o sea el estudio de la representación del Derecho y de sus actores en los textos puestos en la música, tanto en el ámbito de la tradición culta como en aquél de la música popular. Sobre el argumento se reenvía a AA.VV., *Droit et musique. Actes du colloque de la Faculté de Droit d’Aix-Marseille*, 23 giugno 2000, Aix-en-Provence, 2001, en particular las contribuciones de E. PUTMAN, “Les juristes vus par l’opéra”, p. 193 ss.; M.B. BRUGUIÈRE, “Le droit civil à l’opéra”, p. 85 ss.; P.M. WOLRICH, “Wagner’s “Ring” Interpreted in Light of Legal Principles”, *Law & Literature*, núm. 14, 2002, p. 31 ss. En Italia, en relación al género musical orientado hacia la política y la lucha social, recientemente, vid. R. VOZA, “Il riscatto del lavoro’ nelle parole di un celebre Inno”, *Lav. dir.*, 2010, p. 531 ss., con referencia al himno de los trabajadores de Filippo Turati.

⁸ «La principal diferencia entre una sinfonía de Beethoven y los sonetos di Shakespeare es que, tanto las palabras como los escritos constituyen una anotación de los pensamientos de Shakespeare, del mismo modo en que la partitura no es más que una anotación de aquello que Beethoven imaginaba, la diferencia está en el hecho de que los pensamientos existían en la mente de Shakespeare y también en la mente del lector. Pero en las sinfonías de Beethoven hay un elemento adicional, llevar estos sonidos al mundo: en otras palabras, los sonidos de

la página sino que está en la página. La imperfección del lenguaje utilizado, la dificultad de reproducir en modo fiel con la partitura la música pensada, determinan un polimorfismo acústico y expresivo, que viene conservado en la grafía⁹.

Condición similar se realiza en la utilización del lenguaje común de las disposiciones normativas, más conocido como lenguaje ordinario, que en general viene considerado ‘defectuoso’ ya que no es apto para expresar con un signo un solo significado y que, por tanto, se presta a una ambigüedad congénita y a equívocos alrededor de los textos normativos, abiertos a los más posibles significados¹⁰.

Podemos decir entonces, que la afinidad existente entre el Derecho y la música nace de análogas actividades ‘performativas’ que van más allá del texto de la norma y de la música; ya que las dos disciplinas, para realizar los respectivos objetivos, necesitan de las obras coordinadas de más sujetos (por ejemplo: las autoridades administrativas, los órganos de la policía, los jueces, el ejecutor-intérprete, la orquesta, el público). Los textos normativos y musicales no hablan por sí mismos, más bien requieren de particulares actividades humanas capaces de actuarlos o ejecutarlos¹¹.

Se delinea así una relación subjetiva triangular semejante en el Derecho y en la música: en ambos hay un sujeto que crea el texto (el legislador, el

la Quinta sinfonía no existen en la partitura. Esta es la fenomenología del sonido: el hecho de que sea efímero, que tenga una relación concreta con el silencio». Cfr. D. BARENBOIM, E.W. SAID, *Paralleli e paradossi, Pensieri sulla musica, la politica e la società*, trad. it. P. Budinich, Milano, 2008, p. 43; t.d.r.

⁹ Ver G. GRAZIOSI, *L'interpretazione musicale*, Torino, 1979, *passim*, y en particular p. 16 ss.

¹⁰ Sobre esto pueden verse fundamentales observaciones en A. ROSS, *On Law and justice* (London, 1958), *Diritto e giustizia*, trad. it. G. Gavazzi, Torino, 1965, §§ 24 ss. El desarrollo de los estudios de logística y de redacción del texto normativo, hoy proponen un itinerario de purificación y formalización del lenguaje jurídico, en manera tal de transformar las disposiciones en verdaderos ‘algoritmos’ de aplicación automática. Sobre el punto se reenvía a A.C. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e cyberspace. Appunti di informatica giuridica e di filosofia del diritto*, Torino, 2000, p. 132 ss.; G. TADDEI ELMI, *Corso di informatica giuridica*, Napoli, 2000, p. 48 ss.

¹¹ Recientemente, la comparación entre el Derecho y la música como actividades ‘performativas’, fue tratada por F. MARISI, “Ermeneutica giuridica ed ermeneutica musicale: una proposta di comparazione”, en *ISLL Papers - Essays. Italian Society for Law and Literatura* (1º Jul 2011), en <www.lawandliterature.org>. Ver también ID., “Assessing Evidence: Judges and Musical Performers as Fact-Finders”, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 5, 2012, p. 147 ss., según la cual, entre otras cosas, existe una profunda relación entre el Derecho y la música, sobre todo porque ambas disciplinas son el resultado de una determinada sociedad.

compositor), otro que lo aplica o ejecuta mediante la interpretación (el juez, el músico o en general los intérpretes), y otros sujetos que son destinatarios de estas actividades ‘performativas’ (las partes del proceso, el público y en general los sujetos implicados en la interpretación).

En ambos casos el intérprete asume una evidente responsabilidad hacia esos destinatarios: la del mediador o del intermediario, el sujeto llamado a traducir en realidad todo aquello que está definido en los textos escritos.

Responsabilidad que es naturalmente la del intermediario del mismo lenguaje¹², que por su esencia a menudo se caracteriza por una imprecisión debida a la dificultad que presenta la grafía para identificar las intenciones de quien piensa y escribe la norma o la música. Tales dificultades se encuentran acentuadas, en la música, por la naturaleza intrínseca de su objeto, que de un cierto modo son extrañas a procedimientos que son propios del saber lógico-deductivo y de juicios analíticos¹³; en el Derecho, por la dificultad de imprecisión del lenguaje que se ve acentuada por la naturaleza comprometedora de las normas, donde la formación de las mismas está condicionada por una serie de fuerzas y sujetos distintos, con intereses que se ponen en constante conflicto (políticos, económicos, sociales, burocráticos, etc.)¹⁴. Desde semejante perspectiva, se podría decir que tanto el compositor como el legislador advierten casi una exigencia de vaguedad, provocada de un lado, por las dificultades objetivas de traducir las propias ideas en signos gráficos con un significado preciso e inmutable, de otro, por la naturaleza no ‘mecánica’, más bien creativa de las respectivas actividades. Si la política es el arte del compromiso – según un aforismo del famoso músico Liszt¹⁵ –, entonces queda más claro el paralelismo entre el Derecho y la música, donde la acti-

¹² W. HASSEMER, “Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale”, en *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1997, pp. 172-173, recuerda que “El texto es el *medium* del derecho [...] el derecho es lenguaje” (t.d.r.); se reenvía a este escrito también en relación a la importancia del lenguaje utilizado por parte del legislador en respeto al principio de legalidad.

¹³ Vid. M. COSSUTTA, “Sull’interpretazione della disposizione normativa e su i suoi possibili rapporti con l’interpretazione musicale”, *Tigor. Riv. scienze comunic.*, 2011, p. 108. Así G. GRAZIOSI, *L’interpretazione musicale*, op. cit., p. 28, afirmaba que “respecto al compositor la expresión gráfica es un medio perfecto de comunicación, en cuanto completa todas las intenciones, si son de un músico y no de un científico”.

¹⁴ Sobre el tema, vid. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari, 1999, pp. 149-150.

¹⁵ F. LISZT, *Lettera alla principessa Carolyne*, 1870, citado en C. ROSTAND, *Liszt*, trad. P. Castaldi, Milano, 1961.

vidad política del legislador se viste de una especie de arte que, para poner de acuerdo las fuerzas en campo, utiliza un texto normativo necesariamente vago. Texto que, por otra parte, tanto en la música como en el Derecho, una vez creado, vive por sí mismo, y tiende a objetivizarse constituyendo el objeto de la interpretación, tratando de prescindir eventualmente, de las intenciones del autor (legislador o compositor)¹⁶.

2. LA CREATIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Entonces se puede decir que la interpretación jurídica y la musical presentan cuestiones muy similares, donde el núcleo que parece interesar mayormente es aquél de la hermenéutica evolutiva o creadora, de la relación con el autor del texto o sea de la libertad del intérprete.

En el campo del Derecho, la cuestión es antigua y particularmente controvertida, ésta nace de la teoría de la separación de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) –que, como es bien sabido, encuentra su origen en las obras de Locke¹⁷ y sobre todo de Montesquieu¹⁸, según la cual –en la versión radical– la separación está entendida en sentido tajante e insuperable: el legislador crea las normas y el juez debe solamente aplicarlas, ejerciendo una función podríamos decir meramente declarativa, un concepto expresado de la dichosa metáfora del juez *bouche des lois*¹⁹. Se trata de una teoría, podría-

¹⁶ “Cada producto histórico del hombre, una vez establecido y creado en la historia, posee una propia autonomía que es independiente sea del autor de la obra que de su intérprete, autonomía que debe ser respetada por el intérprete y no violada. Es la autonomía que entonces constituye la objetividad hermenéutica» cfr. I.W. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Roma, 2010, p. 41; t.d.r.

¹⁷ J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (1960), *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, trad. it. A. Gialluca, Milano, 2001.

¹⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), *El espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI, edición con comentario de R. Derathé, trad. it. B. Boffito Serra, Milano, 1989, p. 309 ss. Para un acercamiento distinto de Locke y Montesquieu al principio de la división de los poderes y a la figura del juez, ver a A. JELLAMO, “Dal passato al presente. Brevi note sulla giustizia nel processo”, en AA.VV., *La magistratura nello Stato Costituzionale*, cit., p. 452 ss.

¹⁹ Es oportuno precisar que el ‘juez ‘de Montesquieu es profundamente distinto del magistrado profesional tal y como es concebido hoy: se trataba de ciudadanos a los cuales ocasional y temporalmente eran atribuidos esas tareas. Por eso Montesquieu podía afirmar no solo que el poder judicial era impersonal, sino además que era un poder “nulo” (cit., p. 311, t.d.r.). Sobre este tema y en general sobre la teoría de la separación de los poderes, ver M. BARBERIS, “Separazione dei poteri e teoria giusrealistica dell’interpretazione”, en AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Anuario Associazione italiana costituzionalisti

mos decir puramente utópica, dirigida a combatir las arbitrariedades del poder judicial; teoría que, además, tiene una naturaleza ‘normativa’ en cuanto no niega que los jueces puedan producir o produzcan de hecho normas, afirmando que los jueces no deben producirlas. Digamos que es una doctrina, no meramente ‘cognoscitiva’, que se propone orientar las ordenes de un poder hacia ciertos tipos de progresos más bien que hacia otros²⁰.

Al contrario, según la teoría del realismo jurídico o del escepticismo interpretativo –en su versión radical– todo el Derecho es expresión de los jueces, tanto en los ordenamientos de *common law*, como en los de *civil law*. Esta concepción teórica, a diferencia de aquella sobre la separación de los poderes en sentido estricto, es una doctrina ‘cognoscitiva’ y no prescriptiva, dado que surge de la constatación empírica en base a la cual la jurisprudencia, en realidad, es solo una creación legislativa del Derecho²¹. A esta conclusión se llega, constatando que de hecho y en realidad, todas las normas son interpre-

2004, Padova, 2008, p. 10 ss.; A. VIGNUDELLI, “Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente”, *Dir. quest. pubbl.*, 2007, p. 201 ss.

²⁰ También en el pensamiento montesquieuiano en algunos casos sobresale una concepción puramente cognoscitiva de la separación, considerada, en este sentido, como mera ‘distinción’ de los poderes, o sea simple constatación del hecho que las organizaciones distribuyen en su interno el poder soberano, sin llegar hasta el punto de indicar a cuáles órganos dichos poderes deban ser atribuidos. En otros casos, en la misma obra del filósofo francés, sale a la luz es otra imagen de separación, como ‘equilibrio’ de los poderes o separación ‘no especializada’ – menos radical de la separación en sentido estrecho o ‘especializada’ –, donde la distribución del poder soberano está concebida en modo que ningún órgano prevalezca definitivamente sobre los otros. Esta, junto a la teoría de la separación más radical expuesta en el texto, es una teoría no meramente cognoscitiva, más bien prescriptiva o normativa, que se diferencia de la teoría más radical en cuanto la técnica de distribución de los poderes no supone una especialización de los órganos, ya que a cada uno de estos pudiera ser atribuida también más de una función, solo que de manera equilibrada en modo que una no prevalezca sobre las otras. Cfr. M. BARBERIS, “Separazione dei poteri...”, cit.; A. VIGNUDELLI, “Sulla separazione dei poteri”, cit.

²¹ Por ejemplo, “un partidario del escepticismo extremo, de hecho, puede tranquilamente reconocer que, en un cierto sentido, un juez y un jurista no pueden sostener que el término ‘ley’ contenido en el art. 1 del Código penal italiano se refiera a las convicciones morales de los jueces: no puede hacerlo si quiere ser considerado una persona seria o sana de mente, dado el modo normal de conducir la interpretación de la ley en nuestra comunidad jurídica (pero se pudiera añadir: en todas las comunidades jurídicas que conocemos). Pero, un juez o un jurista puede, en otro sentido, sostener que el término ‘ley’ contenido en el art. 1 cod. pen. it. se refiere a las convicciones morales de los jueces: puede hacerlo en el sentido de que los textos de ley no tienen *de por sí* algún significado, por lo cuál no hay algún límite o vínculo “objetivo” a la actividad interpretativa, más allá de cuanto está contingentemente considerado normal o aceptable en una comunidad jurídica”; cfr. E. DICIOTTI, *L’ambigua alternativa tra cognitivis-*

tadas de manera distinta y antitética. El legislador lograría exclusivamente formar disposiciones compuestas de ‘palabras’, sin un significado efectivo, sino aquel atribuido sucesivamente por los jueces: *law in the books versus law in action*²².

Otra versión del realismo jurídico interpretativo, podríamos decir moderada²³, es aquella que sostiene –recuperando la tesis kelseniana referida a los posibles significados de un texto de ley²⁴–, que, si de una parte, los jueces forman parte integrante del proceso de formación del Derecho, de otra, no lo son de manera exclusiva. De hecho la jurisdicción tiene la tarea de seleccionar un significado de la norma dentro de una serie mucho más amplia. Entonces, no se parte del presupuesto, según el cual la norma de por sí no tiene algún significado, más bien al contrario, que la norma tiene muchos²⁵.

mo e scetticismo interpretativo, Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Working Paper núm. 45, Siena, 2003, p. 14; t.d.r.

²² En estos términos más radicales puede recordarse M. TROPER, “Una teoria realista dell’interpretazione”, trad. it. R. Guastini, *Mat. sto. cult. giur.*, 1999, p. 476 ss.; también A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 127 ss. Aparentemente también los estudiosos italianos parecen sumarse a esta teoría; junto a observaciones menos precisas, compatibles también con una doctrina jusrealista menos radical, se encuentran también afirmaciones que sin embargo parecen adherir a posiciones extremas; ver a G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 63 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 86; y las observaciones en merito de E. DICIOTTI, *L’ambigua alternativa*, cit., p. 13, nota 9, Según el cual “Tales afirmaciones pueden también ser consideradas, en el contexto de la obra de estos autores, como incautas exageraciones, escapadas en el curso de un ataque a las posiciones conocedoras” (t.d.r.). La hostilidad hacia el *Law in the books* en un cierto modo encuentra confirmación también en la literatura: “Él quería juzgar un hombre vivo según un libro impreso[...]”. “Aquel hombre debe tener la cabeza llena de papel impreso” dijo Luca. “Figúrate que él creía poder dominarme, batiendo el puño sobre un libro que tenía siempre entre las manos” [...] También la idea que aquél magistrado tenía del bien y del mal dependía naturalmente de los párrafos impresos”, Cfr. Ignazio Silone, *Il segreto di Luca* (Milano, 1975), Roma, 2011, pp. 83 y 142.

²³ En realidad es posible individuar también una forma de realismo jurídico normativo o prescriptivo – que no se funda sobre la observación empírica, sino sobre cómo debe ser – en aquéllas posiciones, en ocasiones manifestadas con expresiones típicas de una ‘sustitución judicial’ o de un ‘uso alternativo del Derecho’, según las cuales es deseable que los jueces creen Derecho. La distinción es profunda en cuanto no se reputa, de hecho, que sea empíricamente inexorable una jurisdicción creadora, pero, prescindiendo de esto, se considera justo que el juez cree la norma. Sobre estos temas y, en general, sobre la tentativa de utilizar el Derecho en modo propulsivo en tutela de los intereses económicos de las clases sociales más débiles, ver a P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, Bari - Roma, 1973, *passim*.

²⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di M.G. Losano, Torino, 1966, p. 381 ss.

²⁵ Vid. R. GUASTINI, “Realismo e antirealismo nella teoria dell’interpretazione”, *Ragion pratica*, núm. 17, 2001, p. 43.

Esto conlleva en sí a reconocer una ambigüedad de fondo en el texto legislativo, que normalmente se caracteriza por una congénita equivocidad, la cual desemboca en un ‘cuadro’ que ofrece un gran número de posibles significados, donde la selección es remitida al juez.

En este punto resultan evidentes las implicaciones sobre el principio de legalidad penal, que se reflejan a través de una especie de conflicto entre una legalidad ‘legislativa’ y otra ‘judicial’ una distorsión de la división de poderes, con la tangible y tendencial hegemonía de la práctica judicial y del procedimiento, en detrimento de la ley penal escrita²⁶. Así en los últimos tiempos se va difundiendo más la idea de una profunda y creciente fractura entre la interpretación fiel del texto legislativo y la interpretación extratextual *latu sensu* teleológica²⁷. Los motivos de esta tendencia, pueden ser individuali-

²⁶ Sobre estos temas ver siempre G. FIANDACA, “Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato”, en AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura de G. FIANDACA, Padova, 1997, p. 1 ss.; refiriéndose al rol tendencialmente dominante del proceso, M. NOBILI, “Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello stato – epistemologia”, en AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, p. 479 ss. Para significativas reflexiones sobre las relaciones entre la reserva de ley y el rol conformador de la jurisprudencia, vease V. MAIELLO, “Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno”, AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all’analisi e alla critica del diritto vivente*, Atti del Convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004, a cura de L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÓ, A. MELCHIONDA, Padova, 2005, p. 159 ss.; ID., “Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e dis-orientamenti della giurisprudenza”, en *Ind. pen.*, 2008, p. 205 ss. El fenómeno no es solamente italiano, también en el exterior la doctrina expresa perplejidad respecto a la actualidad de la reserva de ley; se vea H.J. HIRSCH, “Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, a cura de G. KOHLMANN, Berlin, 1999, p. 93 ss., el cuál a propósito del juez penal habla de *Ersatzgesetzgeber*, ‘legislador de reserva’.

²⁷ Según G. FIANDACA, “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss., esta es una hipótesis que, si no puede ser puntualmente demostrada, con respecto al ordenamiento italiano constituye una hipótesis de trabajo que gana crecientes consensos a nivel doctrinal. Para un adecuado examen de las relaciones entre democracia política y legalidad penal en una acepción moderna, puede verse a ID., “Legalità penale e democrazia”, *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1247 ss., el cuál evidencia cómo la reserva de ley, en el actual momento histórico, si por una parte tendencialmente logra todavía realizar su función garantista-liberal de salvaguarda de los derechos de libertad y autodeterminación de cada uno de los ciudadanos; por otra, no logra garantizar la auténtica legitimación democrática de las opciones de política criminal. Se reenvía a este último ensayo respecto al principio de legalidad en relación a la democracia y a la división de los poderes del Estado, y más recientemente a A. MANNA, “Disequilibri fra poteri dello stato e riflessi sulla legisla-

zados en el dato en base al cual la interpretación está condicionada por el 'contexto' donde se inscribe. De hecho, algunos factores extratextuales no pueden ser directamente deducibles de las normas, y esto atribuye a la misma actividad hermenéutica, por muchos lados, una fuerza creativa.

El sistema penal se caracteriza cada vez más por derivaciones interpretativas, que son el fruto, de una parte, de la ligera inclinación de la cultura judicial a esquivar su subalternidad con respecto al legislador; de otra, por la caída de la racionalidad de las normas penales –sobre todo en las últimas décadas donde ha tomado auge la legislación de emergencia²⁸–, que inexorablemente compromete la credibilidad de la ley, permitiendo al juez de aproximarse a la vaguedad, hipertrofia e incoherencia de las normas escritas, que autorizan, en algunos casos, percibir en la ley lo que en la misma no está²⁹. A los jueces, por esta vía, confirmados por la excesiva 'permeabilidad' de la norma escrita, implícitamente les son delegadas tareas de dirección social, que de hecho los convierten en unos de los principales actores de la política criminal, a menudo más influyentes que el mismo legislador³⁰.

zione penale", *Cass. pen.*, 2011, p. 1244 ss., ahora en AA.VV., *I poteri dello Stato e la Costituzione, Atti del convegno in ricordo del Prof. Giuliano Vassalli*, Roma il 14 maggio 2010, a cura di M. ALMERIGHI, A. MANNA, Roma, 2011, p. 17 ss.

²⁸ En tema vid. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, p. 3 ss., quien sostiene que tal legislación, determinando una caída general de las garantías sin un efectivo incremento en términos de eficiencia, ha también provocado fenómenos de suplencia judicial, con una sobreexposición de la magistratura cargada de nuevas tareas e investida de mayores poderes.

²⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit.; vid. también W. HASSEMER, *Diritto giusto*, cit., pp. 175-176, quien evidencia como la realización de la separación de los poderes depende sobre todo de la eficacia del lenguaje utilizado por el legislador, en el sentido que un incierto ámbito semántico de la norma escrita constituye una especie de delegación del legislador al juez, con necesarias incursiones de las actividades del segundo en aquéllas del primero.

³⁰ S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, Napoli, 2001, p. 20 ss., a propósito del principio de determinación/taxatividad, uno de los elementos básicos del fundamento del estado de derecho, evidencia como en los últimos tiempos en la legislación se advierte casi una necesidad de vaguedad, o de ambigüedad, que inevitablemente termina con transferir sobre la magistratura la responsabilidad de la gestión político-constitucional, cfr. también G. FIANDACA, "La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale", *Foro it.*, 2000, V, c. 138 ss., el cual, en general, considera que la crisis de la legalidad penal sea fruto de distintos factores: comenzando por la pérdida de credibilidad de la ley escrita, con la tendencial consecuencia de la primacía del Derecho penal jurisprudencial, con la asunción por parte del poder judicial de un rol de protagonista de la política penal. Según el autor, el equilibrio entre los poderes está influido, más que por las abstractas disciplinas normativas, por las ca-

Una parte importante de la doctrina penalista italiana sostiene que el principio de legalidad hoy debe renunciar al empeño de tener en equilibrio ley y juez³¹, y se preocupa solo por la idea de que se pueda llegar a prohibir la interpretación creativa³². Por una parte, se habla de un *restyling* interpretativo del principio de legalidad³³, mientras, por otra, se admite abiertamente que la jurisprudencia es “fuente del derecho”³⁴, y que “los tipos penales tienen origen, a menudo, en creaciones jurisprudenciales, y no solo en actos del

racterísticas contingentes de la constitución material y por las actitudes político-culturales de vez en cuando dominantes entre los magistrados.

³¹ Cfr. F. PALAZZO, “Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris”, en AA.VV. *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura de G. VASSALLI, Napoli, 2006, p. 51, quien sostiene que “los progresos de los estudios de hermenéutica jurídica han valorado el contexto aplicativo respecto al texto legislativo, demostrando al menos cómo el principio de legalidad sea algo mucho más complicado que el ciego guardián de la omnipotencia del legislador asumiendo la exacta tarea de tener en equilibrio texto y contexto o sea – en términos político-institucionales – ley y juez”.

³² Siempre según F. PALAZZO, “Sistema delle fonti e legalità penale”, *Cass. pen.*, 2005, p. 285: “La crisis de la legalidad penal manifiesta sus señales si no más agudas ciertamente más preocupantes en la relación entre ley y juez, entre legislativo y judicial. Debe preocupar que [...] se pueda sólo pensar en la idea – en el año dos mil – de prohibir la ‘interpretación creativa’. Preocupa porque, no siendo concebible tal ingenuidad, esa grotesca prohibición revela un difundido sentido de desconfianza, si no de hostilidad, hacia el creciente desequilibrio de la relación entre ley y juez a favor del segundo. No es que falten completamente razones para censurar ciertas ‘libertades’ que la magistratura algunas veces se ha tomado: aunque sí honestamente debe ser remachado que, de un lado, a menudo es la ley la que crea los preámbulos para el protagonismo interpretativo del juez y que, del otro, la magistratura no cesa a pesar de todo de ser el custodio de una legalidad sustancial deteriorada por acciones y omisiones de un aparato público que parece refractario a cualquier efectivo arreglo”.

³³ Según O. DIGIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 295, “una plausible versión contemporánea de la legalidad penalista pasa, entonces, a través de la valoración de los orientaciones consolidadas en la más conocida como ‘comunidad de los intérpretes’ y, en palabras más explícitas, a través del rol de la jurisprudencia. Si el texto vive en el con-texto; si no es posible separar la interpretación de la aplicación, eso significa que “la ley no es la realidad, sino solamente la posibilidad del derecho”. Se podría (¿debería?) entonces recoger el testamento de la hermenéutica, y dedicar en futuro mayor atención al *derecho viviente*”.

³⁴ En opinión de G. FIANDACA, “Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione”, *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss.: “la jurisprudencia es fuente del derecho, no en el sentido de que está habilitada para crear normas abstractas, más bien produce normas aplicadas a los casos concretos, derecho concretado casuísticamente [...]. Limitarse a puntualizar las razones garantistas de la legalidad penal equivale, en realidad, a adoptar la política del avestruz: en nombre de una ideología que siendo móvil, en vez de medirse críticamente con el dato de hecho de que los jueces ‘crean’ Derecho penal aplicado, prefiere ‘remover’ este fenómeno desagradable, denunciando la (presunta) radical incompatibilidad con los fundamentos iluministas del sistema vigente” (t.d.r.).

legislador. [...] A este punto parece impropio, continuar pensando en nuestro derecho 'en términos' de estricta legalidad. La función creadora de los jueces no debe ser vista hoy como una aberración de la jurisprudencia, más bien debe ser vista como un dato ineliminable que el jurista, también el penalista, debe tener en cuenta"³⁵. Nos encontramos frente a una manifestación, en ámbito penalístico, de la mencionada teoría cognoscitiva jusrealista: el juez no puede crear normas, es un hecho que se confronta sin prejuicios³⁶.

Es bueno recordar, por otro lado, que la actitud 'creativa' de la jurisprudencia y de la doctrina antes nombrada, que se limita a tener en cuenta y en algunos casos a legitimar la inexorable creatividad de la interpretación judicial, no han dejado de suscitar vivas y fundadas censuras en la otra parte de la literatura penalista, más sensible al dogma de la legalidad formal que, sin embargo, tiende a una defensa tenaz de todos los corolarios de la misma legalidad, considerados imprescindibles baluartes de un Estado liberal-democrático de Derecho³⁷.

³⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, pp. 109-110; Sobre semejante posición, pudiéramos decir 'realista', también M. DONINI, "Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?", *Cass. pen.*, 2002, p. 1165 ss., de donde emerge la imposibilidad técnica de construir normas compiladas en pocas palabras de un artículo, capaces de gobernar exhaustivamente todas las posibles decisiones de los casos que se presentaran al juez. También el penalista, continúa el autor, debe salir del aislamiento de una cultura del Derecho penal como *ius exceptum*, tomando acto de que la ley no completa todo el Derecho y que eso no constituye una aberración, una desviación de los principios fundamentales.

³⁶ También en la literatura alemana ha encontrado acomodo la tesis de la interpretación del juez necesariamente analógica y creativa. Por todos W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, ed. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007, *passim*; B. SCHÜNEMANN, "Die Gesetzesinterpretation im Schnittpunkt von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre", *Festschrift für U. Klug*, Köln, 1983, p. 169 ss.

³⁷ Con sólidos acentos críticos sobre la interpretación necesariamente analógica y creativa, más recientemente pueden verse G. MARINUCCI, "L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss.; R. RAMPIONI, *Dalla parte degli "innocenti". Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza "creativa"*, Padova, 2007, *passim*, spec. p. 65 ss.; ID., "In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)", *Cass. pen.*, 2004, p. 310 ss.; N. MAZZACUVA, "A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione dei principi fondamentali?", en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura de E. DOLCINI, C. E. PALIERO, Milano, 2006, vol. I, p. 437 ss. En la literatura alemana, C. ROXIN, *Strafrecht*, I, 2ª ed., 1997, p. 110 ss.; V. KREY, "Gesetzestreue und Strafrecht", en *ZStW*, 1989, p. 838 ss.

3. (SIGUE) ... Y MUSICAL

El 'formalismo' y el 'escepticismo', tesis opuestas y preliminares a las teorías interpretativas del Derecho, encuentran en algún modo también afinidad con las discusiones en torno a la hermenéutica musical³⁸. En este ámbito también existen posiciones reconducibles, de un lado, a la tendencial posibilidad de encontrar la justa y correcta interpretación de un texto musical; de otro, a constatar que cada vez que se individua el significado de un texto en realidad se crea uno nuevo.

Bajo la influencia del pensamiento filosófico y estético de Croce³⁹, el debate en la musicología italiana ha visto declararse en frentes opuestos a los sostenedores de la naturaleza técnico-reproductiva de la actividad interpretativa musical y a los del carácter artístico-creativo de la misma. En el primero entra quien está inclinado hacia una ejecución idéntica al pensamiento del autor, por una interpretación objetiva y estática, incluso admitiendo que el objetivo perseguido es tendencial e ideal, considerada la inevitable naturaleza artística y personal del espíritu del intérprete⁴⁰.

'Longitud de onda' no muy disímil se advierte también en la reflexión del celebre músico Stravinskij, el cual auspició una mecánica de la música por medio de aparatos capaces de eliminar la intermediación del intérprete y por lo tanto capaz de poner en contacto directo al autor y a quien disfruta de la obra, ofreciendo la única ejecución absolutamente correcta⁴¹. Haciendo la distinción entre la música en potencia (pensada y escrita sobre el papel) y la música en acto (ejecutada), se hacía automáticamente la distinción entre

³⁸ Para una comparación, siempre entre el derecho y la música, de los distintos criterios hermenéuticos: literal, lógico, sistemático, teleológico, consulte F. MARISI, *Ermeneutica giuridica ed ermeneutica musicale*, cit.

³⁹ Sobre la referencia anti-positivista desarrollada por Benedetto Croce a la teoría musical, vease E. FUBINI, *L'estetica musicale dal settecento ad oggi*, Torino, 1987, p. 251 ss.

⁴⁰ Vid. A. PARENTE, "Critica e storiografia musicale: premesse metodologiche", en *La rassegna musicale*, núm. 5, 1930, p. 380 ss., el cual sostiene que la interpretación "... no debe consistir en una particular ejecución de una obra, en la que el ejecutor esté obligado a transformar algo para animar la hoja estampada de la partitura. La obra habla por sí misma: esa no es ciertamente la partitura, pero es un conjunto sonoro que corresponde en el modo y en la medida deseada por el músico a los signos en esos contenidos, y en aquél complejo sonoro termina [...] la obra de arte" (t.d.r.). Y todavía: "La ejecución de la obra de arte se refiere a una función práctica y no lírica, y es técnica, no creativa [...] la originalidad puede valer en el ámbito de la creación, no en aquél de la resurrección del pasado, respecto al cual cada originalidad u objetividad se convierte en arbitrio", ID., *La musica e le arti*, Bari, 1936.

⁴¹ M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione*, cit., p. 108.

distintos tipos de músicos: el creador, el ejecutor y el intérprete. La ejecución supone la estrecha realización de la voluntad explícita del autor, que termina en lo que éste ordena. La interpretación implica límites impuestos al ejecutor en la actividad de transmitir la música al auditorio. “El conflicto entre estos dos principios, ejecución y interpretación, está en la raíz de todos los errores, de todos los pecados, de todos los malentendidos que se interponen entre la obra y el auditorio, y que altera la buena transmisión del mensaje”⁴². Naturalmente, también Stravinsky admitía que una música, por cuanto haya podido ser escrita con escrúpulo para evitar malentendidos, “contiene siempre elementos secretos que no admiten ser definidos dada la impotencia e incapacidad de la dialéctica verbal de definir completamente la dialéctica musical. Estos elementos dependen sobre todo de la experiencia, de la intuición, en una palabra, del talento de quién está llamado a presentar la música. De manera que, [...] el compositor corre un gran riesgo cada vez que hace escuchar su música porque la buena presentación de su obra depende siempre de aquellos factores imprevisibles e inconmensurables, que entran a formar parte de la composición, de las virtudes de fidelidad y de simpatía, sin las cuales la obra sería a veces irreconocible, a veces incierta, de todas formas en cada caso traicionada”⁴³.

El compositor de origen ruso, posteriormente, se proyectaba en una crítica hacia los directores de orquesta, definidos como «una especie curiosa y particular de solistas», que en cierto sentido podrían asemejarse a algunas interpretaciones demasiado desenvueltas de algunos operadores del Derecho. Recuerda que el prestigio y la autoridad de la cual gozan los directores les han permitido un exceso de “poder discrecional” sobre la música que se les ha encargado. “Acurrucado sobre su podio sibilino él impone a las composiciones que dirige sus propios movimientos, sus particulares matices, y se encuentra inducido a hablar con ingenua impudencia de sus especialidades, de ‘su’ quinta, de ‘su’ séptima, (de su métrica interna), como un cocinero que alaba un plato de su propia invención. [...] Esto no sucedía ni tan siquiera en otras épocas que ya conocían, como en la nuestra, el arribismo y la tiranía de los virtuosos, instrumentistas o ‘primeras damas’ que fueran, pero que aun

⁴² I. STRAVINSKIJ, *Poétique musicale* (Harvard, 1942), *Poetica della musica*, trad. it. M. Guerra, Pordenone, 1987, p. 90 ss; t.d.r. Se trata de la publicación de las conferencias impartidas en el curso de poética en la Universidad de Harvard en el 1940, publicadas nuevamente a París en 1945.

⁴³ I. STRAVINSKIJ, *Poetica della musica*, cit., p. 91; t.d.r.

así no tenían que someterse a la competición de esta pléthora de directores de orquesta que aspiran casi todos a la dictadura de la música⁴⁴.

Así Stravinskij consideraba que el intérprete debería ser una especie de traductor, que a menudo se transforma en 'traidor', significando que "los directores de orquesta, los cantantes, los pianistas, todos los virtuosos deberían saber o recordar que la primera condición que debe tener quien aspira al prestigioso título de intérprete es el de ser antes de todo un infalible ejecutor. El secreto de la perfección está, en un primer momento, en el conocimiento de la ley que le impone la obra que ejecuta"⁴⁵.

El punto de vista 'escéptico', al contrario, empieza a desarrollarse partiendo de la ingenuidad del 'realismo' que pretende reducir la interpretación musical a la traducción unívoca de un texto objetivo y cristalino⁴⁶. "Entonces, no tendría algún sentido, sino meramente 'ingenuo', la invitación que a veces se les hace a los ejecutores de tocar 'lo que está escrito', o bien de atenerse a la obra exactamente, como es, a la 'cosa en sí', en cuanto 'lo que está escrito', se puede tocar en maneras muy variadas"⁴⁷.

Esto explica por qué en distintas ejecuciones las opciones del intérprete repercuten también sobre la duración de tiempo de la ejecución, en algunos casos, diferentes, al punto que el profano podría dudar que se tratara de la misma obra⁴⁸. Resulta así más evidente el paralelismo con las decisiones jurisprudenciales, donde a menudo sucede que un mismo caso viene resuelto aplicando la misma norma de manera diametralmente distinta, provocando también en este caso desconcierto en el profano, haciendo dudar que se trate del mismo 'Derecho'.

⁴⁴ I. STRAVINSKIJ, *Poetica della musica*, cit., pp. 92-93; t.d.r.

⁴⁵ I. STRAVINSKIJ, *Poetica della musica*, cit., p. 93 ss., (t.d.r.) quien, para indicar mejor las reales relaciones existentes entre el autor y el público que pasan a través del ejecutor, evidencia «la responsabilidad moral de este último, ya que es sólo a través del ejecutor como el auditorio viene puesto en contacto con la obra musical. Para que pueda darse cuenta de lo que es y de lo que vale esa obra, el público debe estar seguro sobre el valor de quien la presenta y de la correspondencia de esa ejecución con la voluntad del compositor».

⁴⁶ Sobre el tema vid G. M. GATTI, "Del problema dell'interpretazione musicale", en *Rassegna musicale*, 1930, p. 227; E. CIONE, "Problemi di estetica musicale", en *Logos*, 1938, fasc. 4, p. 25 ss.; A. CASELLA, "Interpretazione e interpreti", en AA.VV., *Il libro della musica*, Firenze, 1940, p. 161; G. BRELET, *L'interpretazione creatrice*, Paris, 1951, p. 112; G. GRAZIOSI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 29.

⁴⁷ Cfr. M. MILA, *L'esperienza musicale e l'estetica*, Torino, 1956, p. 179; t.d.r.

⁴⁸ Pensemos en la Quinta sinfonía de Beethoven que va desde los 38 minutos de la ejecución de Ferenc Fricsay con la Orquesta Sinfónica de Berlín, hasta los 29 minutos de Arturo Toscanini con la Orquesta de la NBC.

En el debate musicológico tomaron parte también ilustres juristas. Según Pugliatti la obra interpretativa exige un acto puramente intelectual, o sea la plena inteligencia del texto. En esta fase inicial se va a buscar la idea que constituye el núcleo de la obra de arte, no está consentido algún arbitrio, ni tan siquiera al intérprete que en primer lugar actúa como histórico o crítico. La fase sucesiva, en cambio, está caracterizada por una verdadera recreación de la realidad artística, como una nueva creación de «una realidad del intérprete» y no de otros, «expresión de su mundo, realización de su personalidad», pero al mismo tiempo «de todas las experiencias de la vida, de cultura y de arte [que] estarían presentes, como indistintas voces, todas sueltas y juntas plasmadas en la forma con la cual el mundo del artista se ha creado»⁴⁹. Una vez más sobresale claramente el paralelismo entre el intérprete musical y el jurídico, el cual no puede ser 'máquina silogística', porque es un 'hombre vivo' con sus sentimientos, sus ideologías, sus pasiones, sus convencimientos, sus fanatismos⁵⁰.

Para el jurista y musicólogo siciliano, entonces, la interpretación es creación que se inicia a partir del trabajo filológico sobre un texto, que debe entenderse «como un límite externo necesario a la actividad espiritual» (t.d.r.), y que da vida a un proceso creador caracterizado por un último vínculo a la discrecionalidad del intérprete, representado del texto que no puede ser ni ignorado ni aniquilado, pero que más bien constituye el origen de una nueva síntesis creadora que debe ser juzgada sobre la base de su armonía y cohe-

⁴⁹ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 46 ss.; t.d.r. Recientemente sobre el pensamiento de Pugliatti vid. G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra*, cit., p. 453 ss.; M. COSSUTTA, *Sull'interpretazione della disposizione*, cit., p. 105; D. ZIINO, *Profili dell'interpretazione giuridica*, Milano, 2011, p. 186 ss.

⁵⁰ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 63 ss., donde escribía: "¿Les parece de verdad que la concepción silogística del juez sea satisfactoria y, sobre todo, que corresponda con la verdad? Quien imagina la sentencia como un silogismo, no ve la sentencia viva; ve su desnudez, su esqueleto, su momia, porque la verdad es que el juez es un mecanismo, no una máquina calculadora. Es un hombre vivo..." (t.d.r.). E.M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologia*, Bologna, 1969, p. 31 ss., ha añadido: "La simpatía, antipatía para una parte o para un testimonio; el interés, el desinterés por una cuestión o argumentación jurídica; la apertura a un tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretación de las leyes, en vez de una interpretación rigidamente formal; el interés o la molestia frente a un acontecimiento de hecho y así sucesivamente. Sentimientos: afectos, tendencias, odios, rencores, convicciones, fanatismos; todas las variantes de esta realidad misteriosa, maravillosa y terrible que es el alma humana, se refleja con o sin velos entre los renglones alineados compuestos por los repertorios de la jurisprudencia: pasiones desencadenadas, pasiones acumuladas, ternuras, temblores, - en los estantes llenos de mohos de las cancellerías de los tribunales".

rencia interna, y no a través de inadmisibles comparaciones con el supuesto o hipotético original⁵¹.

En una perspectiva distinta se colocó el pensamiento de Betti, el cual tuvo como objetivo elaborar una teoría general de la interpretación válida para una pluralidad de disciplinas reconducibles a las peculiaridades de las ciencias del espíritu, distintas de las ciencias de la naturaleza. En el ámbito de las distintas categorías de la interpretación (reproductiva, 'reconocedora', normativa, etc.), la hermenéutica musical está asumida como paradigma, teniendo como objetivo principal el de la transmisión fiel del mensaje artístico. El asunto del jurista *camerte*, por otro lado, se basa, tanto para la interpretación del derecho como para la interpretación musical, en la opinión según la cual cada forma representativa puede tener un significado tendencialmente objetivo y autónomo, y que su interpretación pueda ser sujeta a un control de exactitud o, cuanto menos, a través del uso correcto de los cánones hermenéuticos, a límites capaces de obstaculizar el arbitrio⁵².

Para Betti, el intérprete "debe hacer entender el objetivo según la ley de autonomía y coherencia que se ve obrar en el, y a esa debe atenerse, sin sobreponer otra ley distinta que viole su autonomía"⁵³. El ejecutor musical asume el papel de "intermediario entre la obra de arte y el público" para transmitir la originaria intuición artística del compositor. A diferencia de Pugliatti, el parámetro para juzgar la exactitud de la ejecución no es la mera coherencia interna del resultado interpretativo, sino más bien la relación de continuidad entre la exacta inteligencia de la idea objetivada en la forma artística y su reproducción técnicamente inapuntable⁵⁴.

Betti, como ya se anticipó, distinguía distintas formas de interpretación, aquella meramente 'reconocedora' dedicada al reconocimiento del objeto sin ninguna finalidad práctica (interpretación histórica, literaria, filosófica); aquella 'reproductiva', que al conocimiento del objeto une también su reproducción como momento esencial (teatro, música); en fin, aquella 'normativa' caracterizada no solamente por la exacta inteligencia del significado, sino también por la existencia de normas comportamentales capaces de

⁵¹ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, cit., p. 10 ss.

⁵² P.G. MONATERI, "Interpretare la legge. (I Problemi del civilista e le analisi del diritto comparato)", *Riv. dir. civ.*, vol. I, 1987, p. 584 ss.

⁵³ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 763.

⁵⁴ G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra*, cit., p. 455.

guiar al intérprete hacia la hermenéutica más adecuada (Derecho, religión)⁵⁵. Además, en el pensamiento Bettiniano, la especificidad de la hermenéutica del jurista positivo, con respecto a la del histórico del Derecho o del intérprete musical, está determinada a su vez por la acción práctica destinada a regular una situación de hecho, actividad que va más allá de la reconstrucción del exacto significado de la fórmula legislativa. En esta óptica, el jurista positivo, a diferencia del intérprete musical, debe llevar a cabo también una función dinámica de integración y adecuamiento del sentido original de la norma, adoptando el significado cristalizado en ella a las mutables características del ordenamiento y a las variables exigencias del contexto social⁵⁶.

4. LOS DIFERENTES LÍMITES A LA LIBERTAD INTERPRETATIVA MUSICAL Y JURÍDICA: LA DUDA HERMENÉUTICA Y EL CANON FUNDAMENTAL DEL FAVOR REI

La hermenéutica jurídica, entonces, está orientada por reglas puestas por el mismo autor de las normas, el legislador. En el ordenamiento italiano, en primer lugar, el art. 12 de las disposiciones sobre las leyes en general, con específica referencia a las normas penales y a aquellas con carácter excepcional en el art. 14 de las mismas disposiciones. El mismo autor del texto ofrece las instrucciones para la hermenéutica, mientras en general esto no sucede en el mundo del arte y en particular en el mundo de la música⁵⁷.

Se puede decir, por eso, que el intérprete musical es, al mismo tiempo, de un lado, un desaventajado en cuanto no tiene una 'instrucción' capaz de orientar su actividad, y, del otro, un aventajado en su libertad en cuanto la ausencia de una 'brújula' hermenéutica lo libera de particulares vínculos que

⁵⁵ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 347 ss.

⁵⁶ La contraposición entre la función reconocedora del historiador y aquella normativa del jurista positivo, se ha presentado uno de los principales puntos de fricción entre la visión de Betti y aquella de Gadamer. Sobre el argumento se reenvía a G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, 1984, p. 74 ss.

⁵⁷ G. IUDICA, "Interpretazione giuridica e interpretazione musicale", *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 476, quien, además de referirse al artículo 12 de las disposiciones sobre la ley en general, añade el reclamo a los artículos 1362-1371 c.c. sobre la interpretación del contrato, a los artículos 1324 y 601 c.c. en tema de normas aplicables a los actos unilaterales, a los artículos 112, 132 y 118 disposiciones de actuación del c.p.c. sobre la interpretación de la sentencia y en general de los actos judiciarios.

no son aquellos de una mera compatibilidad técnica con el texto, hacia opciones abiertas a su sensibilidad y cultura, a su visión del arte y del mundo⁵⁸.

Esto en la música, autoriza insinuaciones interpretativas tanto heterogéneas cuanto creativas. A título ejemplificativo, se recuerda el celebre pianista Glenn Gould, muy conocido por sus 'ejecuciones' cristalinas pero, en algunas ocasiones tan 'exasperadas' como para parecer explícitamente excéntricas⁵⁹.

La pregunta, entonces, es si en el Derecho, en particular en el Derecho penal, ¿es legítima una creatividad paragonable a aquella de Glenn Gould?

A la luz de cuanto se ha dicho, parece evidente que el mismo concepto de la interpretación, comporta por su naturaleza la posibilidad de más interpretaciones, en cuanto la hermenéutica tiene un propio sentido, porque el texto no tiene un significado mismo y, por lo tanto, produce una duda⁶⁰. Tal duda, por lo menos, en el Derecho debe ser disuelta siguiendo las guías ofrecidas por el mismo legislador, que más allá del "sentido [...] evidente por el significado propio de las palabras según la conexión de esas" y a la "intención del legislador" (t.d.r.; en Italia, art. 12, co. 1, de las Disposiciones generales de la ley en general), excluida la analogía de las normas penales (art. 14 de las mismas disposiciones, en caso de duda reenvía a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (art. 12, co. 2, segundo periodo, mismas disposiciones). Puesto, naturalmente, que para la estricta legalidad penal estos principios no pueden ser utilizados con función incriminadora, los mismos al contrario podrían ser capaces de negar la relevancia penal de un hecho, naturalmente, siempre en el caso de duda aceptable y razonable sobre la envergadura de la norma⁶¹.

⁵⁸ G. IUDICA, *Interpretazione giuridica*, cit., p. 478.

⁵⁹ Veanse C. DI GENNARO, *Glenn Gould. L'immaginazione al pianoforte*, Lucca, 1999; P. RATTALINO, *Glenn Gould. Il bagatto*, Varese, 2006; M. GATTO, *Glenn Gould: il suono materiale*, Ancona, 2009; A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Roma - Bari, 2009, p. 116. Para un acercamiento del intérprete jurídico al pianista, de reciente vid. G. HIRSCH, "Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico", en *Criminalia*, 2007, p. 119 ss.: "Que más pudiera desear el legislador, ya sea el nacional que el europeo, sino que sus leyes sean interpretadas con la misma habilidad con la cual Horowitz y Rubinstein han interpretado a Chopin?" (t.d.r.).

⁶⁰ Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 116 ss.

⁶¹ Para una nueva visión, con prospectiva de reforma, que conjuga el *favor rei* con una particular carga motivacional del juez fundada sobre la plausibilidad de la opción hermenéutica favorable, se permita el reenvío a M. CATERINI, "L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postmoderno dell'oligarchia giudiziale", en AA.VV., *Autorità e crisi dei poteri*, a cura de P. B. Helzel,

La naturaleza opinable y en algún modo analógica de cualquier hermenéutica⁶², a menudo permite una *duplex interpretatio* de una misma norma, de otra manera, deberíamos reconocer la validez de la metáfora del juez mera *bouque des lois*⁶³. Eso también significa, que las alternativas de la interpre-

A. J. Katolo, Padova, 2012, p. 129 ss. Según esta idea, el juez no debería motivar su convicción sobre la base de la mayor plausibilidad de la opción hermenéutica seleccionada, más bien debería fundar su preferencia hermenéutica explicando en términos convincentes por qué la opción más favorable al reo sea implausible, o sea inaceptable o absurda. La opción interpretativa más favorable – a mayor razón considerada la naturaleza en algún modo analógica y opinable de cualquier interpretación –, podrá ser del todo plausible, pero eso no justifica la adhesión a la misma, si el juez no demuestra la implausibilidad de aquella más favorable. La motivación relativa a la dirección hermenéutica emprendida por el juez, entonces, no debería ser articulada solamente en base de una *pars costruens*, o sea explicando los motivos por los cuáles una opción interpretativa es preferible a otra, siendo esa también plausible. Debería, sin embargo, ser centrada también sobre una *pars destruens*, es decir explicando las razones por las cuáles la opción interpretativa más favorable sea implausible. Entonces, de frente a más opciones hermenéuticas razonablemente todas plausibles, el juez debería escoger la más favorable al autor del hecho. En este sentido, la razonable no implausibilidad de la opción (más favorable), debería significar no arbitrariedad de la misma, sino un razonamiento dotado de real dignidad hermenéutica. La duda interpretativa, no debe ser ficticia inventada con argumentos meramente rebuscados y únicamente *ad usum delphini*, que presenten una mera apariencia de validez hermenéutica y de fundamento normativo.

⁶² Por muchos se considera que, en un cierto sentido, cualquier razonamiento interpretativo sea, de por sí, analógico. Desde este punto de vista, entonces, la analogía no sería una forma de producción del Derecho, si no la modalidad ordinaria de interpretar el mismo. Es adquisición, esta, ya presente también en la literatura penalística que nace de la interrelación constante entre norma y hecho en el procedimiento decisorio, en el sentido que este último se comporta como un movimiento en espiral: cada pasaje lógico del hecho a la norma y viceversa, no crea un vínculo vicioso, pero permite un creciente avance en la comprensión de ambos términos (especie abstracta y hecho concreto), un crecimiento del conocimiento que proyecta al intérprete a superar el límite de la estación precedente para colocarlo en un nivel superior de conocimiento. Sobre la circularidad hermenéutica entre la especie abstracta y la situación concreta, se vea H. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., *passim*, spec. p. 152 ss., y A. KAUFMANN, “Il ruolo dell’abduzione nel procedimento di individuazione del diritto”, *Ars interpretandi*, 2001, p. 324.

⁶³ A esta observación se puede llegar también admitiendo la idea según la cual cada proposición normativa presenta límites lingüísticamente insuperables: “si dentro estos límites, ya sean dilatados hasta la máxima capacidad de expansión de las palabras, nos mantendremos siempre en el ámbito de una determinada proporción, es cierto que en un momento determinado el límite será alcanzado y no podrá ser superado, so pena de renunciar a atribuir a las palabras un significado de todas formas admitido por el uso. Este orden de ideas podrá reducir, también en modo considerable, el número de las hipótesis que no son directamente regulables en base a las proposiciones normativas de donde se toman las iniciativas: pero no podrá nunca eliminarlas completamente. La cuestión de la analogía se presentará siempre, ya

tación podrían ser todas igualmente legítimas, sin que eso constituya una paradoja⁶⁴. Una interpretación, si está efectivamente dotada de dignidad hermenéutica, no será justa o errada, si no que podrá ser compartida o no por aquella autoridad (el juez) competente para establecer si cierta opinión deba prevalecer sobre otra⁶⁵.

Al mismo tiempo, si las distintas interpretaciones, aún legítimas ya que fundadas en modo racional, fueran colocadas en el mismo plano, el Derecho correría el riesgo de perder su función orientadora y de dirección, cayendo en el nihilismo. Frente a más interpretaciones todas lógicamente aceptables, se necesita entender hasta qué punto pueda llegar la libertad del intérprete, en particular del juez penal, o sea de la autoridad destinada a establecer qué opinión deba prevalecer en el caso concreto.

Para intentar de resolver la cuestión, es necesario referirse en particular a uno de aquellos principios señalados por el art. 12 de las preleyes (ordenamiento jurídico italiano), que debe ser considerada como una norma en sentido propio, también cuando resulta inexpresa y por eso recabada a través de un procedimiento inductivo de generalización que surge de un dato positivo⁶⁶. El *favor rei* y el corolario *in dubio pro reo*, de hecho, son considerados principios generales del ordenamiento, establecidos implícitamente por la constitución y por la ley, también mediante la exacta comprensión de la idea de legalidad⁶⁷.

sea en proporciones modestas" (t.d.r.). Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, p. 94.

⁶⁴ La posibilidad de más interpretaciones 'plausibles' parece ser el fruto de aquél «pluralismo científico y diríamos dogmático» hoy bastante reconocido, donde las soluciones se relativizan según distintas interpretaciones, lecturas, paradigmas; cfr. M. DONINI, "Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1088 ss.

⁶⁵ En este sentido, en particular sobre la posibilidad de igual legitimidad de las distintas opciones de la *duplex interpretatio*, se pueden ver las observaciones de G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Roma - Bari, 2004, p. 69 ss.

⁶⁶ A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2010, p. 55, p. 71 ss.

⁶⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e regione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, 2004, p. 155. La expresión *favor rei* se utiliza para indicar un principio general informador, con función interpretativa o directiva, expresión de un valor inspirador del sector penal, derivado de la Constitución y también de varios institutos, sea en el Derecho penal substancial sea en el procesal. Respecto a los primeros, piénsese en la prohibición de la analogía de las normas incriminadoras y en la admisibilidad de la misma en relación a las normas eximentes, en la retroactividad de las normas favorables, en el delito continuado, en el concurso aparente de normas. Con respecto a los segundos, piénsese en la regla de juicio donde falte o sea insuficiente la prueba, en la irretroactividad de las leyes procesales penales, en la inmediata declaratoria de

La razón de la idea de legalidad penal, efectivamente, puede ser descrita como una imagen con dos caras, una negativa, que representa la legalidad como un ‘escudo’, dirigida a defender los ciudadanos contra los posibles abusos del Estado, y contra eventuales arbitrios del juez. La otra, positiva, que imagina la legalidad como una ‘espada’, un instrumento de defensa que mediante su activación realiza las normas penales en manera sistemática, completa e inexorable⁶⁸.

no punibilidad en cada estado y grado del procedimiento, en la jerarquía de las fórmulas de absolución, en la prohibición de la *reformatio in peius*. Sobre el tema G. LOZZI, “Favor rei”, *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 10 ss., al cual se reenvía también para las conexiones, pero no para las coincidencias, con el *favor libertatis* y el *favor innocentiae*. A. PAGLIARO, “La legge penale tra irretroattività e retroattività”, *Giust. pen.*, 1991, c. 1 ss.; ID., *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 116 ss., considera el *favor libertatis*, y no el principio de irretroactividad y de certeza del Derecho, el principio-base que regula la sucesión de leyes penales en el tiempo. G. VASSALLI, “I principi generali del diritto nell’esperienza penalistica”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 707, considera que si es posible reconocer la posición del *favor libertatis* como principio superior en relación a la sucesión de leyes penales en el tiempo, lo mismo no puede suceder en relación con el entero ordenamiento penal, en cuanto, según el eminente autor, sobre el mismo plano de las garantías individuales está colocado también el *favor societatis*. Sobre la tarea de los intérpretes, tanto jurídicos como musicales, de hacerse orientar por los valores y los principios que una específica sociedad pone como fundamento, consúltese F. MARISI, “Judicial Interpretation and Musical Performing Practice: a Comparison”, *International Journal of the Arts in Society*, núm. 5, vol. 5, 2010, p. 289 ss.

⁶⁸ Sobre el tema vid. G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York - Oxford, 1998, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. M. Papa, Bologna, 2004, p. 324 ss., el cuál, entre otras, evidencia que la sensibilidad hacia la legalidad ‘positiva’ está mucho más marcada en los sistemas de la Europa continental que no en los angloamericanos, derivando argumentos, entre otros, del hecho de que la obligatoriedad de la acción penal es obstáculo a un instrumento de investigación y de control social, típico del sistema estadounidense, como la concepción de la completa inmunidad a uno de los concursantes en el delito, con el fin de adquirir pruebas decisivas para hacer condenar a los otros. Sobre la tendencia a la superación del dualismo entre sistemas marcados por la obligatoriedad y otros caracterizados por la discrecionalidad de la acción penal, a favor de sistemas híbridos o intermedios connotados de múltiples contaminaciones entre uno y el otro modelo, véase L. LUPARIA, “Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo”, en *Giur. it.*, 2002, p. 1751 ss. Es oportuno recordar que en el sistema italiano la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal ha sido constitucionalmente afirmada como elemento que concurre a garantizar, de una parte, la independencia del P.M. (Público Ministerio o Fiscal) y, de la otra, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. En tal sentido deben verse las pronuncias de la Corte constitucional, 26 julio 1979, n. 84, en *Foro it.*, 1979, I, 2546 ss., y 15 febrero 1991, n. 88, en *Cass. pen.*, 1991, II, p. 207 ss. En realidad, del principio de la obligatoriedad de la acción penal no deriva necesariamente un Derecho penal ‘máximo’; más bien, dicho principio se puede concretamente realizar sólo en un sistema penal efectivamente ‘mínimo’, marcado por la *extrema ratio*, sea en la previsión legislativa de la especie, sea en la interpretación. La más conocida como cifra

Estas dos formas de legalidad nos reconducen a la confrontación entre Derecho penal 'mínimo' y Derecho penal 'máximo', que son expresión respectivamente uno del carácter limitado del poder punitivo típico de un Estado de derecho y, el otro, de la naturaleza limitada de la potestad penal de un Estado absoluto. Naturalmente se trata de dos paradigmas extremos entre los cuales se desarrollan sistemas penales intermedios tendientes hacia uno o hacia el otro modelo; el primero, aquel 'mínimo', caracterizado por la idea garantista de condicionar y limitar el arbitrio y el error penal; el segundo, aquel 'máximo', empujado por la idea totalitaria de lograr castigar o punir a todos los culpables⁶⁹.

Las dos naturalezas de la legalidad del Derecho penal, una garantista y la otra más autoritaria, a menudo no son conciliables y, en caso de conflicto, es necesario entender cual de las dos deba prevalecer mediante la indicación de la dirección hermenéutica al intérprete. Dada la indiscutibilidad ontológica de un cierto margen dejado al intérprete y por la admisibilidad de la doble interpretación de una norma, si los distintos resultados hermenéuticos son soportados por un proceso lógico racional, la elección a favor de uno o de otro debería (o deberá) depender de otras valoraciones localizadas en un canon hermenéutico fundamental que debe responder a las siguientes preguntas: ¿la incertidumbre del texto normativo debe ser resuelta reduciendo o expandiendo su posible significado? ¿O bien en sentido favorable o desfavorable al reo?

Las respuestas a estas preguntas están íntimamente conectadas con la naturaleza de la legalidad que deontológicamente debe prevalecer. Si, en caso de conflicto entre los dos aspectos de la legalidad, la que prevalece es la legalidad considerada como 'escudo' propia del Derecho penal 'mínimo', entonces la regla hermenéutica fundamental deberá ser tendencialmente la minimización del alcance desfavorable del texto legislativo. Al contrario, si lo que va a prevalecer es la legalidad considerada como 'espada', en tal caso la regla hermenéutica fundamental debería ser el reconocimiento de una mayor libertad al intérprete, en sentido extensivo, dirigiéndose hacia el objetivo

negra, de hecho, podrá ser tendencialmente reducida en su forma patológica, si el legislador logra superar, a través de una amplia despenalización, la hipertrofia que actualmente caracteriza el sistema penal. Sobre estos temas, vid, recientemente E. DOLCINI, "Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati", *Dir. pen. cont.*, 2011, p. 28 ss., espec. p. 31 ss.

⁶⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 80 ss., quien, entre otras cosas, evidencia cómo estos dos modelos son líneas de tendencia que conviven en los sistemas penales concretos, caracterizados por una tendencial ineffectividad, respecto a los perfiles orientados al Derecho penal 'mínimo', y de ilegitimidad, respecto a los otros.

típico de la legalidad como 'espada' de los sistemas autoritarios, es decir, el de castigar fácilmente al autor de un hecho considerado injusto a la luz de los valores meta-legislativos⁷⁰.

El canon hermenéutico fundamental, entonces es de naturaleza deontológica, relacionado con el deber ser de la actividad interpretativa en el Derecho penal, fruto de una exacta y precisa opción política expresada en el principio, justamente político, de la 'estricta interpretación'⁷¹; o mejor, del principio del *favor rei*, que va considerado como una norma de cierre, típica del modelo de Derecho penal 'mínimo' que se informa y actualiza en la racionalidad y a la certeza del derecho⁷².

⁷⁰ Cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica*, cit., p. 328.

⁷¹ M. RONCO, "Il principio di legalità", en *Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. Ronco, vol. 1, *La legge penale*, Bologna, 2006, pp. 80-81, evidencia la naturaleza exquisitamente política de la prohibición de la analogía y de la estricta interpretación, y la oportunidad, con el fin de hacer efectiva la garantía de la misma prohibición, de superponer al art. 1 c.p. una norma ulterior que fije el principio según el cual la ley penal está sujeta a interpretación restrictiva. En sentido distinto se vea G. FIANDACA, "Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 355, el cual, con particular referencia al intento de la Comisión bicameral italiana dirigido a introducir una norma constitucional que contenga la obligación de una interpretación restrictiva de la ley penal, considera esto un inopinado sueño del periodo de la ilustración de atar las manos al juez penal, destinado a no realizarse por la razón de que la obligación de interpretar restrictivamente la norma penal no podría no ser objeto, ella misma, de interpretación. El mismo argumento, más en general, es utilizado por G. ZACCARIA, "L'ermeneutica e la filosofia del diritto", en ID., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 62. Contrarios a la hipótesis de una norma que prohíba la interpretación extensiva son M. DONINI, "L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale" prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà", en *Crit. dir.*, 1998, p. 95 ss.; F. C. PALAZZO, "Le riforme costituzionali proposte dalla commissione bicamerale, B) diritto penale sostanziale", en *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 37 ss.; D. PULITANÒ, "Quali riforme in materia penale dopo la bicamerale?", en *Foro it.*, vol. V, 1998, c. 288 ss. El código penal francés del 1994, de otra parte, tiene formalizado el principio en este modo: "*La loi pénale est d'interprétation stricte*"; la fórmula en la práctica parece haber limitado pero no excluido la discrecionalidad interpretativa; al respecto vid. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2007, p. 129 ss. También en la experiencia angloamericana, los tribunales han sido siempre hostiles a la expansión del *common law*, operada por medio del Derecho positivo de fuente legislativa, tanto que vale la regla que impone la interpretación restrictiva del Derecho penal positivo que deroga al *common law*; sobre este último punto se reenvía a G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, cit., p. 327, y a las indicaciones bibliográficas allí contenidas.

⁷² Así, expresamente, siempre L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 81-83, quien, además de considerar el *favor rei* una norma de clausura del modelo de Derecho penal mínimo, evidencia cómo de este paradigma "resulta de hecho excluida la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos e indeterminados los presupuestos. Bajo este aspecto existe

El juez, por lo tanto, entre distintas alternativas todas racionalmente plausibles, no debería poder libremente escoger basándose en un parámetro arbitrariamente individualizado (razones éticas, de justicia sustancial o de política criminal, o en ideologías políticas, sentimientos íntimos, pasiones o nada menos que rencores), sino en base a los parámetros políticos-garantistas, dictados por la Constitución: legalidad como garantía, Derecho penal como *extrema ratio*, y por tanto, *favor rei*. De otra parte, mayores garantías contra los posibles arbitrios judiciales, se pueden tendencialmente realizar sólo si entre las posibles soluciones del procedimiento interpretativo analógico, opinable por naturaleza, el juez debe escoger aquella que resulta más favorable al autor del hecho⁷³.

Regresando a la comparación entre el intérprete musical y el juez penal, se puede decir que el segundo, a diferencia del primero, debería tendencialmente inspirar sus decisiones hermenéuticas mucho menos en su personal sensibilidad y en su propia visión del mundo – de todas formas difícilmente eliminable del todo en cualquier razonamiento interpretativo –, a favor del canon hermenéutico fundamental del cual se habló anteriormente. En sustancia, el juez penal, cuando los posibles resultados interpretativos vuelven a favor del autor del hecho, no podría tener una actitud creativa paragonable a aquella de Glenn Gould.

En cambio, la actual vocación del más conocido como Derecho ‘viviente’, por un lado, es la de moverse más allá de la previsión de la ley; por el otro, actuando así, está expresando la máxima punibilidad de las normas penales⁷⁴.

una profunda conexión entre garantismo y racionalismo. Un Derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles. [...] Se entiende, sobre esta base, como el principio equitativo del *favor rei* – del cuál es corolario la máxima *in dubio pro reo* – no sólo no contradice, sino que es nada menos que una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal. [...] este es seguramente el criterio de decisión sobre la verdad que en manera más específica caracteriza la certeza subjetiva de la cognición judicial penal con respecto a aquella demandada para otros tipos de conocimientos empíricos”. Para el problema de la subsistencia de un principio general implícito del *favor rei*, en particular en el Derecho procesal penal, obtenido del complejo de disposiciones que atribuyen un trato de favor, se reenvía a G. LOZZI, *Favor rei*, cit., p. 12 ss.

⁷³ Claramente, G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, terza edizione, Padova, 1980, p. 202: “Il *favor rei* – en nuestra opinión – debe antes de todo constituir una regla fundamental de inspiración de la interpretación. Eso implica que cuando no se pueda tener una interpretación unívoca sino solo una situación de contraste entre dos interpretaciones de una norma de ley (antinomía interpretativa), habrá de escogerse la interpretación más favorable a la posición del imputado”.

⁷⁴ En estos términos H.J. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, cit., p. 112 ss.

Tal actividad 'creativa' se substancia en un vuelco respecto a aquellas que deberían ser las tendencias interpretativas inspiradas en el *favor rei*, es decir la jurisprudencia tiende a extender al máximo el significado de los elementos del hecho 'tipo' con función incriminadora y a reducir o anular aquellas con función no incriminadora⁷⁵.

5. LA CONSTANTE TENSIÓN ENTRE LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA: ¿GARANTÍA O CREATIVIDAD?

Esta actitud de la jurisprudencia se resuelve en aquella particular tensión, casi siempre enfrentamiento entre dos valores, que a menudo se reducen a unidad: la legalidad expresada por el principio democrático y garantista de la separación de los poderes del Estado; la justicia del caso concreto, expresada por la obra de *Rechtsfortsetzung* de los jueces. Sin embargo, identificar *tout court* la justicia con la acción de los jueces, como si esos fueran los únicos garantes, en contraposición a la legalidad expresada por el poder político democrático, significa, en lo absoluto, admitir que el legislador será siempre portador de intereses particulares contrastantes con la justicia. La solución, que parece ser demasiado rígida e impregnada ideológicamente de una desconfianza general hacia la política, conduce inevitablemente a un sistema post-democrático en el que se asiste al vaciamiento, al menos desde un punto de vista sustancial, de muchos de los fundamentales principios y normas que deberían preceder en un Estado democrático, con evidentes implicaciones en relación con la disminución del punto de vista sustancial de aquellas garantías propiamente atribuidas al Parlamento – expresión de la voluntad popular – del monopolio de la producción de las normas penales y, por lo tanto, de las opciones punitivas del Estado⁷⁶.

Por eso, se puede decir, que la legalidad expresa exigencias de garantía, certeza del Derecho, cognoscibilidad de la norma, dirigidas a limitar el arbitrio del juez. La justicia, en cambio, se funda sobre la creatividad del intérprete encaminada a sancionar los hechos que en la 'visión del mundo' del juez

⁷⁵ Para algunos ejemplos concretos de este comportamiento creativo de la jurisprudencia italiana, permítaseme el reenvío a M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., p. 113 ss.

⁷⁶ Este argumento se puede ver en A. MASTROPAOLO, "Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto", *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1612 ss.; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. C. Paternò, Roma - Bari, 2003, *passim*; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, 2006, *passim*.

se presentan como socialmente peligrosos, aunque no estén expresamente previstos por la ley.

Se habla de aquel político de la ex Alemania del Este que, después de la caída del muro de Berlín, afirmó: “‘Queríamos justicia y hemos encontrado la legalidad’. La desilusión era comprensible. La idea de justicia fascina porque parece sugerir directamente aquello que, precisamente, es justo, asegurando la inmediata realización. La justicia ofrece en definitiva gratificación inmediata. La legalidad en cambio necesita tiempo, paciencia y procedimientos altamente ritualizados. [...] La legalidad elimina, en un lejano periodo, los riesgos de injusticia”⁷⁷. El paraguas ético de la ‘justicia’, por lo tanto, no debería justificar evidentes renunciaciones en el ámbito de la legalidad, sobre cuando estas acontecen en contraste con el principio del *favor rei*.

Consideraciones en parte diferentes, pueden hacerse en caso de que la pseudo creatividad conduzca a resultados hermenéuticos favorables al reo. No siempre, de hecho, el ámbito hermenéutico debe detenerse en el núcleo central de la norma, siendo en cambio hipotecable la extensión cuando en el ‘halo’ marginal de la misma se comprendan efectos interpretativos favorables al reo. En este ‘halo’ de la norma, más ampliamente considerado con respecto al exclusivo significado semántico, pueden entrar también los éxitos de interpretaciones históricas, sistemáticas y teleológicas, sobre todo si éstas están inspiradas o nada menos resultan impuestas por una lectura constitucional. El discurso se proyecta entonces hacia la más conocida como interpretación ‘aditiva’, no referida, naturalmente, a la adición en el sentido de la ampliación de la esfera de lo penalmente relevante, sino más bien a la introducción del hecho concreto (tipo de hecho), por vía hermenéutica, de elementos capaces de estrechar el alcance en sentido favorable al autor del hecho, en particular cuando estos elementos sean necesarios para adecuar una norma penal a los principios constitucionales⁷⁸. En casos de este tipo, la interpretación jurídica se acerca más a la musical en cuanto se trata de una especie de reconstrucción de la norma en base a una lectura histórica, sistemática, teleológica, constitucionalmente orientada, en sentido favorable al autor del hecho. No se debería tratar de la verdadera ‘creación’ de una nueva norma, más bien de una adaptación a través de una mirada extendida al entero sistema jurídico, u ordenamiento, que será más legítimo si la imposición

⁷⁷ Cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica*, cit., p. 323.

⁷⁸ Este tema también puede consultarse en M. CATERINI, *L’interpretazione favorevole*, cit., p. 148 ss.

deriva directamente de la Constitución o de otras normas o principios superiores, siempre y cuando el sentido sea favorable al autor del hecho⁷⁹.

La actitud del más conocido como Derecho ‘viviente’, de la jurisprudencia creadora, como hemos dicho antes, en muchos sentidos es opuesta, ya que enfatiza los elementos desfavorables y limita los efectos favorables. Se puede decir que en algunos casos los jueces son estimulados hacia interpretaciones desfavorables y excéntricas, para evitar lo que en jerga musical viene definido como ‘frustración’, o sea una interpretación en «desarmonía con las expectativas socio-culturales presentes en un determinado contexto»⁸⁰. Se necesita reconocer que difícilmente de hecho dichas expectativas, al menos en parte, no condicionan la hermenéutica; al mismo tiempo es necesario afirmar el principio que el juez no debería ser influido por la que se pudiera considerarse la opinión pública, con mayor razón si el convencimiento es en sentido desfavorable al autor del hecho⁸¹.

⁷⁹ Piénsese, solo por ejemplo, en el principio de ofensividad, en algunos casos utilizado en delitos contruados ‘sin ofensa’ para introducir elementos capaces de conducir la norma hacia una aplicación conforme a la Constitución. Así, el caso paradigmático de los delitos de atentado interpretados en manera tal de que la fórmula “hecho dirigido a” debe entenderse como “hecho idóneo dirigido a”, y la expresión “cualquier intento” como equivalente a “cualquiera que cumpla actos idóneos dirigidos a”, así reportando esta categoría de delitos en el ámbito de la idoneidad-ofensividad, usando como parámetro de referencia la estructura de la tentativa.

⁸⁰ Cfr. M. COSSUTTA, *Sull’interpretazione della disposizione*, cit., p. 110; t.d.r.

⁸¹ Para algunas decisiones que en algún modo pueden ser incluídas en esta categoría, piénsese en un ejemplo tomado de la crónica italiana, la sentencia relativa al caso de la Thyssenkrupp, donde la cúpula ha sido condenada por homicidio doloso por un gravísimo accidente de trabajo. Cfr. Corte ass. Torino, sez. II, 14 novembre 2011, n. 31095, en *De Jure*, donde se admite claramente que, “mientras la culpa consciente encuentra su fuente normativa en el art. 61 n. 3 c.p., el dolo eventual es de hecho de elaboración jurisprudencial, consolidado en el tiempo y en las bases teóricas, con ciertas y residuales dificultades de aplicación a los individuales hechos concretos. La Corte comparte y sigue la enseñanza de la Suprema Corte en primer lugar en afirmar la existencia del elemento subjetivo individualizado como “dolo eventual” (existencia negada de una parte de la doctrina); refiriéndose debidamente, después de haberlas examinado, a las innumerables sentencias de la Casación sobre la materia”. Es como decir: ¡no está la ley, pero de todas formas está la Casación! Piénsese, sin embargo, en los casos de delitos automovilísticos, producidos en forma particularmente grave o alarmante, que han merecido una condena a título de homicidio doloso. Para algunos ejemplos, aunque muy distintos, vid. Corte ass. Milano, 16 luglio 2009, en *Giur. merito*, 2010, p. 757, con nota F. AGNINO, “Colpa cosciente e dolo eventuale in tema di sinistri stradali”, p. 766 ss.; G.u.p. Trib. Roma, 26 novembre 2008, Lucidi, en *Foro it.*, 2009, II, c. 414 ss., con nota de G. FIANDACA, “Sfreciare col “rosso” e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?”; Trib. Roma, sez. VIII, 16 novembre 2007, en *Giur. merito*, 2009, p. 431, con nota de E. DI SALVO, “Colpa cosciente e dolo eventuale, diretto e alternativo”, p. 435 ss.

Se podría objetar que tal planteamiento sea excesivamente débil, clemencial, respecto a las exigencias en algún modo evidentes con la expresión ‘tolerancia cero’. No obstante eso, frente a una duda interpretativa, la creatividad desfavorable debe ceder el paso a la certeza del Derecho y al favor rei, siendo la sanción penal siempre la *extrema ratio*.

En conclusión, utilizando la imagen del buen pianista de Horowitz, que debe tener en la misma medida “razón, corazón y medios técnicos”⁸², se puede decir que el juez penal, dado que tiende hacia resultados hermenéuticos desfavorables, debería adoptar una filosofía interpretativa más ‘estéril’, asimilable a aquella de Stravinsky. Con las palabras de Schumann, se pudiera decir: “La fría jurisprudencia que [...] aterroriza con sus secas definiciones”⁸³. Al contrario, cuando la hermenéutica, en base a principios superiores, se dirige hacia soluciones compatibles con el *favor rei*, la re-creación del Derecho pudiera abrirse a interpretaciones menos rígidas, más ‘calientes’, que se proyectan más allá del texto en particular, como aquellas de Glenn Gould.

MARIO CATERINI
Università della Calabria
Dipartimento di Scienze giuridiche
Via P. Bucci, Cubo 3/b
87036 Rende (Cs)
Italia
e-mail: mario.caterini@unical.it

⁸² La metáfora del juez como buen pianista es de G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici?*, cit., p. 120; Sin razón, corazón y medios técnicos, respectivamente, la interpretación sería un fracaso y el intérprete sería o una máquina o un simple aficionado.

⁸³ Así ha sido reportado por A. CILIBRIZZI CHIANCONE, *Robert Schumann. Musica e follia*, Napoli, 1992, p. 26 ss.