

*Lecciones y Ensayos*, Nro. Extraordinario - 60 años de *Lecciones y Ensayos*, 2016  
BACQUÉ, Jorge Antonio y NINO, Carlos Santiago, "El tema de la interpretación de la ley...",  
(obra originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 36, 1967), pp. 319-326

## EL TEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN ALF ROSS EJEMPLIFICADO EN DOS FALLOS ARGENTINOS\*

JORGE ANTONIO BACQUÉ Y CARLOS SANTIAGO NINO

El objeto de este comentario es solo glosar el pensamiento de Alf Ross, referente a la administración de justicia y a la interpretación de la ley presentada como un método y como una ideología e ilustrar algunos aspectos de ese pensamiento con un ejemplo jurisprudencial argentino.

### I.

El punto de partida de toda interpretación, es para Ross, una expresión lingüística. El primer problema que encuentra el intérprete es, por eso, semántico. Toda palabra tiene un significado vago, es decir, tiene un campo de referencia cuyos límites son imprecisos. Además, muchas palabras son ambiguas: denotan más de un campo de referencia. El análisis del contexto lingüístico en que las palabras aparecen, proporciona una ayuda para determinar su significado. Lo mismo ocurre con la situación fáctica en que la expresión es usada.

El segundo problema, es sintáctico. El significado de una expresión depende, a veces, del orden en que aparecen en ella las palabras, y de la manera en que están conectadas. De la misma manera que las palabras no tienen una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado.<sup>1</sup>

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 36, 1967, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. Ver ROSS, A. (CARRIÓ, G. (trad.)), *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, cap. IV.

El tercer problema es lógico en sentido estricto. Se refiere a la relación de una expresión con otras expresiones del mismo contexto. Los problemas lógicos principales son los siguientes: a) inconsistencia, que aparece cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas; b) redundancia, cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas está establecido por otra norma, lo que puede sugerir la búsqueda de un sentido distinto allí en donde en realidad no existe; c) presuposición, cuando una norma presupone falsamente condiciones fácticas o jurídicas inexistentes. Hay principios de interpretación (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*, etc.) que tienden a resolver los problemas lógicos, pero tales principios no son axiomáticos sino que son pragmáticos, y pueden substituirse recíprocamente o por otros principios.

Los problemas enunciados por Ross que hemos mencionado, no pueden resolverse mecánicamente. El juez al enfrentarlos, se ve constreñido a tomar una decisión que no se halla motivada exclusivamente por el sentimiento de respeto a la ley.

La administración de justicia caracterizada, por lo menos en parte, como una decisión, permite hablar de distintos estilos —no de métodos— de interpretación. Un estilo subjetivo y otro objetivo. Uno relativamente libre y otro relativamente limitado. El estilo subjetivo tiende a descubrir el significado que intentó expresar el legislador, la idea que lo inspiró y que quiso comunicar. El estilo objetivo tiende a averiguar el sentido habitual de la expresión usada. Qué es lo que se dijo, con independencia de lo que se quiso decir. Pero estas investigaciones no pueden arrojar resultados rigurosamente verdaderos, ya que nunca se puede saber con precisión lo que se quiso decir, y, en la mayor parte de los casos es imposible hallar el significado unívoco de la expresión empleada.

La diferencia entre estos dos estilos radica solamente en los elementos tenidos en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva busca todos los datos que puedan esclarecer el significado, principalmente las circunstancias personales de quien emitió la expresión. La objetiva, en cambio, se limita a utilizar los datos que son discernibles para el destinatario. La interpretación objetiva puede resultar en una abstracción reñida con la intención del autor. Se apoya en un ideal de consistencia interna del sistema.

La relativa limitación de un estilo de interpretación depende del grado de libertad que el juez se atribuye. Puede, sin embargo, que la diferencia no se halle tanto en el grado de libertad, como en la franqueza con la que este es reconocido. Las decisiones del juez se originan —según Ross— en dos

componentes de su conciencia: a) motivos que dirigen su actividad hacia un determinado fin; b) elementos cognoscitivos que también fundamentan la dirección de su acción.

Para la teoría mecanicista el juez es un autómata cuya única motivación es la obediencia a la voluntad del legislador y los elementos cognoscitivos que utiliza se refieren únicamente a esa voluntad. Ross rechaza esta teoría. Por una parte, porque los problemas semánticos, sintácticos y lógicos no pueden ser resueltos mecánicamente y es necesario que el juez tome una decisión. Por otra porque el juez no tiene como única motivación la obediencia a la ley –conciencia jurídica formal– sino que también se halla influido por ideales y valoraciones que constituyen lo que Ross llama “conciencia jurídica material”.

Si su conciencia jurídica material discrepa con su conciencia jurídica formal, el juez tenderá a exceder las restricciones originadas en las palabras de la ley, haciendo una interpretación constructiva. Esta interpretación constructiva suele estar influida por lo que Ross llama “factores pragmáticos de la interpretación” que consisten en consideraciones basadas en valoraciones acerca de la razonabilidad práctica del resultado tomando como criterios ciertos *standards* axiológicos. Contraponen los factores pragmáticos a los semánticos, sintácticos y lógicos, aunque la decisión de los problemas que estos últimos crean se halla guiada, de manera importante, por consideraciones prácticas.

La interpretación pragmática puede ser, con relación al texto natural de una expresión: a) especificadora, cuando decide la elección de una posibilidad semántica entre varias razonables; b) restrictiva, cuando excluye una posibilidad que, según el texto, aparece razonable; c) extensiva, cuando amplía el significado de la norma a casos que no aparecen naturalmente en él comprendidos. Por último, afirma Ross que la administración de justicia oculta generalmente el carácter constructivo de su actividad, negando la influencia de los factores pragmáticos. Para ello emplea una técnica de argumentación que le permite hacer aparecer sus decisiones como deducidas del “verdadero sentido” del texto legal.

## II.

El ejemplo que vamos a presentar con respecto a lo expuesto al final del parágrafo anterior, constituye una excepción: aquí el juez en forma

explícita admite la introducción de los factores pragmáticos a los efectos de interpretar la ley en un sentido opuesto al que él mismo había adoptado en una ocasión anterior. A nuestro juicio (y pensamos que Ross estaría de acuerdo) este estilo es excepcional; la actitud del magistrado, compartida o no, es digna de ser meditada y el ejemplo muy ilustrativo.

### III.

Los textos que vamos a analizar, son los votos del Juez de Cámara Ernesto J. Ure en los plenarios del 28 de julio de 1944 y del 7 de junio de 1963<sup>2</sup> referentes a la cuestión de saber si la aplicación de los artículos 166 inciso 2, 167 inciso 2 y 184 inciso 4 del Código Penal requiere la concurrencia de los elementos constitutivos del delito definido por el artículo 210 del mismo Código.<sup>3</sup>

Aunque bien conocido, expondremos, brevemente, el problema dogmático. Los artículos 166 inciso 2 y 167 inciso 2, califican al delito de robo (tipo simple del artículo 164) cuando se comete "en banda".

El artículo 184 inciso 4, califica el tipo simple del artículo 183 (daño) cometido en iguales circunstancias. El artículo 210 pena a quien tome parte en una asociación o "banda" de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación (Título VIII, Capítulo II: De la Asociación Ilícita).

Si la definición de la palabra "banda" empleada al calificar los tipos de robo y daño incluye la característica de ser una asociación ilícita del tipo descripto en el artículo 210, entonces no podrá existir concurso real de

2. JA 1963-V-569. También varió de opinión el Juez Vera Ocampo. Los votos del Juez Ure sirven mejor para nuestro propósito. Porque mientras Vera Ocampo funda su nueva opinión en un error teórico de la anterior, Ure admite la plausibilidad de las dos interpretaciones, poniendo así de manifiesto su acto de elección.

3. Art. 166.- Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: ...2° Si el robo se cometiere en despoblado y en banda; Art. 167.- Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años: ...2° Si se cometiere en lugares poblados y en banda; Art. 184.- La pena será de tres meses a cuatro años de prisión si mediaren cualquiera de las circunstancias siguientes: ...4° Cometer el delito en despoblado y en banda; Art. 210.- Será reprimido con reclusión o prisión de un mes a cinco años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas, destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembros de la asociación.

delitos entre el robo o el daño calificados y la asociación ilícita so pena de castigar dos veces el mismo delito.

En caso contrario sí podrá existir. La primera interpretación, más benigna al infractor y por consiguiente más acorde con el principio liberal, fue adoptada por el plenario del 28 de julio de 1944, por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital. Casi veinte años más tarde la misma Cámara rectifica esta posición y admite la posibilidad del concurso real, considerando que "banda" en los artículos 166, 167 y 184 no es definible en términos de "asociación ilícita" del artículo 210, criterio que fue sostenido con buenas razones<sup>4</sup> en primer término por el Dr. Cabral.

En 1944 el primer juez que votó a favor del criterio que sustentaría la mayoría del Tribunal fue el Dr. Ure. En 1963, el mismo juez, adhiriendo al voto del Dr. Cabral, explica los motivos que lo impulsaron a variar de opinión.<sup>5</sup>

#### IV.

Una característica, que nos interesa señalar, del voto mencionado en el último párrafo del parágrafo anterior es la admisión que sin circunloquios hace el juez de los "factores pragmáticos de interpretación": "El estudio de los numerosos casos sometidos a fallo del Tribunal [dice el Dr. Ure] me indicaba que ese criterio [el sostenido por él mismo en 1944] no respondía a las necesidades de la realidad social circundante...ni a las finalidades de las citadas normas",<sup>6</sup> y más adelante: "En verdad la concurrencia de tres o más personas en la ejecución de uno o varios delitos determinados de robo o daño, amengua la defensa privada, infunde mayor temor a las víctimas y el atentado se vuelve más odioso y fácil, siempre, claro está, que el concurso de personas sea simultáneo del hecho. La pluralidad de agentes, preordenada al delito...se ha considerado a justo título como un índice de mayor peligrosidad que la del que obra por sí solo, y porque al disminuir la posible defensa de la víctima impone que la protección social sea más enérgica a través de la pena acentuada".<sup>7</sup>

4. JA 1963-V-570 y ss.

5. *Ibid.*, 586 y ss.

6. *Ibid.*, 587.

7. *Idem.*

En otros términos, analizando la cuestión a la manera de Ross, las circunstancias sociales, valoraciones vigentes no jurídicas, etc., han transformado la "conciencia jurídica material" del magistrado, lo que hace necesaria la reelaboración de las normas aplicables a través de una interpretación que permita prever que sus efectos resulten adecuados a aquella.

El argumento semántico ("la 'asociación o banda' del artículo 210 cuya característica es la indeterminación de los delitos para cuya ejecución se constituye"),<sup>8</sup> apoyado en un estilo subjetivo histórico de interpretación (exégesis de los proyectos de 1891, 1906, 1907 y 1917 y sus exposiciones de motivos "a los que no se les puede negar valor interpretativo")<sup>9</sup> es relegado en el voto de 1963: "Mi repulsa al empirismo histórico que atribuye a la voluntad legislativa un carácter casi obligatorio para la interpretación judicial, la fundamenté en mis trabajos posteriores".<sup>10</sup>

Los elementos semánticos-sintácticos utilizados en 1944 son reelaborados para adecuarlos a la nueva situación. Antes el juez decía: "Pero no solo antecedentes históricos sino también los criterios sistemático y lógico de interpretación llevan de la mano a la respuesta rotundamente afirmativa. El artículo 210 del Código Penal prescribe un delito que, por los términos del propio precepto, se ha denominado 'asociación ilícita o banda'. La conjunción disyuntiva tiene aquí el sentido indudable de señalar la perfecta equivalencia de ambas designaciones, asociación y banda es la misma cosa, es un concepto unitario".<sup>11</sup>

Ahora afirma: "Tal es a mi entender, el verdadero significado que ha de atribuirse a la agravante; de no ser así no se explicaría la existencia de mayores requisitos que para otros supuestos del artículo 166 y 167 inciso 2, de pareja o menor gravedad (escalamiento, llave falsa, ganado). Como no se aperciban las razones para construir una figura compleja si esa conducta puede ser aceptada más sencillamente por disposiciones legales que, dentro de la interpretación ahora propiciada, no se excluyen ni eliminan entre sí. La regla del artículo 55<sup>12</sup> soluciona el caso si los tres o más intervi-

8. *Ibid.*, 580.

9. *Ibid.*, 570.

10. *Ibid.*, 571.

11. *Idem.*

12. Art. 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos por una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como *mínimum*, el *mínimum* de la pena mayor, y como *máximum*, la suma resultante de la acumulación de las penas corres-

nientes en el robo o en el daño son, además, integrantes de una asociación ilícita del artículo 210. O sea que con este enfoque el concurso aparente de leyes deja paso al concurso de delitos".<sup>13</sup>

Finalmente se podría anotar para subrayar el cambio producido en la "conciencia jurídica material" del juez, la omisión, en su voto del año 1963 de toda consideración referida al argumento "a contrario" rechazado firmemente en el voto de 1944: "El argumento no pierde valor por la circunstancia de que por un defecto técnico del Código –que no puede ostentar el prestigio de ser único– la suma de los máximos de las penas del robo simple (art. 164)<sup>14</sup> y de la asociación ilícita o banda (art. 210) sea superior al máximo del artículo 167 inciso 2, robo en lugares poblados y en banda. No ocurre lo mismo en cambio en el artículo 166 inciso 2, ni con los mínimos. En el daño y solo en cuanto al máximo, la falla es más patente aún. Pero, de cualquier modo un defecto de técnica legislativa no puede desnaturalizar o torcer la verdadera voluntad de la ley ni impedir lo que ella quiere".<sup>15</sup>

En 1944, rechazaba en efecto, la tesis que sostenía que, si la asociación ilícita es un elemento del delito complejo "robo calificado", la pena de este delito debería ser igual a la suma de las correspondientes a los de "robo simple" y "asociación", siendo que la suma de los máximos es mayor, atribuyendo esta anomalía a un defecto de técnica legislativa. En síntesis: la "conciencia jurídica material" ha variado pero la actitud fundamental del juzgador no. En un trabajo anterior<sup>16</sup> hemos sostenido que la actividad del jurista es en buena parte valorativa, ideológica.

Con respecto a la actividad del juez, Ross,<sup>17</sup> como vimos, y antes

---

pondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del *máximum* legal de la especie de pena de que se trate.

13. JA 1963-V-587.

14. *Ibid.*, 571. Art. 164: Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, que sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo. en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

15. *Idem.*

16. BACQUÉ, J. A. y NINO, C. S., "Lesiones y retórica", LL 1967-126-966.

17. ROSS, A., ob. cit., p. 132: "...la administración de justicia, aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia una decisión, un acto de voluntad..." y p. 135: "Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no

Kelsen,<sup>18</sup> entre otros,<sup>19</sup> la había descripto con términos de voliciones. En aquel trabajo, además, mostrábamos que la actividad ideológica del jurista se oculta generalmente mediante su presentación bajo la forma de enunciados teóricos y finalmente justificábamos tal técnica bajo la condición de que se pusiese al servicio de la realización del valor justicia constituyente de la "conciencia jurídica material". Tal justificación, puede extenderse a la actividad de los magistrados, por razones que nos parecen más evidentes, en mérito a la específica función social que deben cumplir.

---

se reduce a una mera actividad intelectual...se trata de una interpretación constructiva que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad".

18. KELSEN, H. (NILVE, M. (trad.)), *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1959, p. 166: "La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes desde el punto de vista político-moral".

19. Véase, por ejemplo, HOLMES, O. W., *The Common Law*, Buenos Aires, TEA, 1964, p. 44: "Cualquier principio importante que se descubre en los litigios judiciales es en los hechos y en el fondo el resultado de opiniones más o menos definidas de orden público, sin duda, y casi siempre de acuerdo con nuestras prácticas y tradiciones y el resultado inconsciente de preferencias y convicciones inarticuladas, pero en último análisis no menos atribuible a opiniones de orden público. Y como el derecho es administrado por hombres capaces y experimentados que saben demasiado para sacrificar el buen sentido en aras del silogismo, se comprobará que cuando las viejas reglas se mantienen de la manera que ha sido y será mostrado en este libro, se ha encontrado para ellas fundamentos nuevos más adaptados a la época y que gradualmente van recibiendo un nuevo contenido y por último una nueva forma proveniente del terreno en que se las ha trasplantado. Hasta aquí tal proceso ha sido en gran parte inconsciente. A ese respecto es importante tener en cuenta cual ha sido el verdadero curso de los hechos. Aunque solo fuera para insistir en un reconocimiento más consciente de la función legislativa de los tribunales como acaba de explicarse, tal empeño sería útil como veremos luego más claramente".