

¿COMBINACIÓN DE LEYES PENALES?

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

«Yo quiero disfrutar mi derecho a la libertad plenamente, si me lo restringen incluso en lo más mínimo, el paraíso se me convertirá en infierno y tormento».

Heinrich Heine

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de combinación. III. Interpretación integradora. IV. Juicio de constitucionalidad. V. Deber de sujeción a la ley.

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho, la Corte Suprema del Perú señaló en una sentencia penal lo siguiente: «[...] el art. 6 del Código Penal permite la aplicación del principio de combinación de leyes, tomando lo más favorable de las leyes aplicables al caso».¹ Este pronunciamiento no constituye una habitual doctrina jurisprudencial del máximo tribunal; sin embargo la trivialidad de su formulación es patética.

No es la primera vez, empero, que ante el conflicto de leyes en el tiempo la máxima judicatura opta por una solución que combine los aspectos

1 ROJAS e INFANTES 2001: 63.

más favorables de dos leyes penales.² Solo a título de ejemplo se citan algunas decisiones en este sentido:

Por la fecha en que se cometió dicho delito[,] son aplicables al caso las disposiciones del Código Penal de mil novecientos veinticuatro y también las disposiciones del actual Código Penal, en virtud del principio de combinación de leyes penales que se consagra en el art. 6 de este último.³

Se infiere del análisis comparativo entre las normas de prescripción reguladas por el Código Penal vigente a la fecha de los hechos, con el que actualmente se encuentra en rigor, que este último es más favorable al reo, [y] puede ser aplicado en virtud del principio de combinación de leyes penales consagrado en el art. 6 del Código Penal.⁴

Se trata de una práctica jurisprudencial que se advirtió con asombrosa notoriedad en los primeros años de vigencia del Código Penal de 1991 y que, posteriormente, se redujo considerablemente, según la necesidad de resolver determinados supuestos de prescripción de la acción penal respecto a hechos delictivos cometidos durante la vigencia del Código Penal de 1924 y que debían ser sancionados conforme al nuevo Código Penal. Llama la atención que esta discutible forma de interpretar y aplicar la ley penal, hasta el presente, ha recibido de parte de la doctrina nacional solo un análisis sucinto en artículos en que se comentan sentencias⁵ o, en todo caso, en algunos párrafos en los manuales de parte general y los comentarios al Código Penal.⁶ Por ello, apremia una investigación monográfica de mayor alcance que penetre en el centro de esta cuestión y esclarezca las vicisitudes

2 Una panorámica de esta práctica judicial puede verse en los manuales de parte general, en las recopilaciones de la jurisprudencia penal de la Corte Suprema que hacen algunas revistas especializadas y libros recopilatorios de sentencias, así como en los comentarios y anotaciones al Código Penal de 1991, especialmente en la parte referida a la aplicación temporal de la ley penal (arts. 6 al 9). Cfr. revistas: RPCP (desde 1993); RPDJP (desde 2000). Cfr. recopilaciones de jurisprudencia: GÓMEZ MENDOZA, 1996; ROJASI PELLA 1997; ROJAS VARGAS 1999; PRADO SILDARRIAGA 1999; ROJAS e INFANTES 2001; CHOCANO y VALLADOLID 2002. Cfr. Códigos Penales: BRAMONT-ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES 2001; VILLAVIVENCIO T. 2002; CARO CORIA 2002; CHOCANO y CHAMOCHUMBI 2003. Cfr. Manuales de parte general: VILLA STEIN 1998; BRAMONT-ARIAS TORRES 2000; CASTILLO ALVA 2002; GARCÍA CAVERO 2003.

3 CHOCANO y CHAMOCHUMBI 2003: 51.

4 ROJASI PELLA 1997: 81.

5 Por ejemplo, URQUIZO OLAECHEA 1993: 253 y ss.; CARO JOHN 1994: 733 y ss.

6 Cfr. PEÑA CABRERA 1997: 238; VILLA STEIN 1998: 159 y s.; BRAMONT-ARIAS TORRES 2000: 94; CASTILLO ALVA 2002: 119 y s.; VILLAVIVENCIO T. 2002: 54.; GARCÍA CAVERO 2003: 188 y s.; BRAMONT-ARIAS TORRES 2004: 318 y s.

reinantes en torno a ella. A mi modo de ver, esta urgencia viene propiciada, sobre todo, porque la práctica jurisprudencial de combinar las leyes penales todavía se viene aplicando, práctica que significa una clara violación del principio de legalidad, y que afecta incluso a la propia constitucionalidad de las decisiones judiciales, en tanto que la Constitución determina claramente que la potestad del juez es de aplicar la *ley penal* en su integridad, mas no así la de extraer aspectos favorables de dos leyes penales diferentes para luego combinarlas y aplicar el producto combinado en la sentencia como si se tratara de una auténtica *ley penal*.⁷

La pregunta que cabe plantear es la siguiente: ¿cuál ha sido el motivo que ha llevado a la Corte Suprema a aplicar de una forma combinada la ley penal? Sin duda, la interpretación de «lo más favorable» al reo. Si bien, por un lado, el criterio orientador de la aplicación de la ley penal es lo más beneficioso para el reo, por el otro, debe destacarse que el respeto de esta máxima tampoco puede conducir a desnaturalizar los procesos de interpretación y aplicación de la ley penal. Y esto es así porque el límite de la interpretación radica, precisamente, en no trastocar la integridad de la ley en los elementos que la configuran y definen su sentido. La ley penal tiene sentido solo como unidad de elementos en la forma en que fue dada por el legislador y, de esta manera, en su unidad representa un límite a la pretensión punitiva del Estado. Si la justicia penal no contempla del modo más estricto esta función limitadora de la ley penal, el más mínimo descuido de aquella función puede conducir inmediatamente a la arbitrariedad.⁸

Solo desde el sentido de una efectiva protección de los derechos de la persona cobra fuerza la exigencia de que la ley penal sea *interpretada* y *aplicada* lo más rigurosamente posible. Mediante la interpretación se asegura la «eficacia»⁹ del texto jurídico y se «verifica»¹⁰ la vigencia del sentido de una proposición. Y esto tiene que regir también para la interpretación de lo más favorable al reo. El requisito de una interpretación rigurosa de la ley penal —y de su aplicación— se explica en que de por medio está en juego la posibilidad de garantizar al ciudadano las condiciones normativas básicas para una convivencia pacífica en sociedad. El infractor tiene derecho

7 Sobre la problemática constitucional de la combinación de leyes, cfr. CARO JOHN 1994: 733 y ss.; asimismo *infra* IV.

8 Cfr. SCHMIDT 1961: 29.

9 HRUSCHKA 1972: 1.

10 COING 1959: 17.

a que no se le prive de su libertad más allá de lo que corresponde en virtud de la envergadura de su hecho. No se trata de cualquier derecho, sino de aquel que condiciona la posibilidad misma de ser una persona libre en sociedad. La famosísima frase de Don Quijote a Sancho ilustra en este punto la esencia de la libertad como derecho: «[...] la libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres» (II, 58). Además, la víctima y la sociedad esperan que el sistema jurídico reaccione ante los ataques de terceros, y que no haga falta hacerse justicia por cuenta propia. Por esta razón, la justicia penal o, de forma más directa, el juez penal tienen la responsabilidad de no ceder ni un milímetro a la pretensión punitiva estatal de intervenir en exceso sobre la libertad del infractor, pero, al mismo tiempo, tampoco permitir la impunidad ni suavizar el castigo cuando la ley no lo permita. A esto último puede conducir, precisamente, la combinación de leyes penales.

En el presente trabajo se anotan —aunque brevemente— algunos argumentos en contra de la combinación de leyes penales. Se empieza por la interpretación judicial del art. 6 del Código Penal (en el segundo subtítulo). Luego se dedica un apartado a la «interpretación integradora», que constituye el argumento principal en que suelen basarse los defensores de la combinación de leyes penales (en el tercer apartado de este trabajo). A continuación, se hacen breves comentarios sobre los aspectos constitucionales implicados en este proceder (en el cuarto apartado). Finalmente, expresamos algunas reflexiones sobre el mandato de sujeción del juez penal a la ley (en el último apartado de este trabajo).

II. PRINCIPIO DE COMBINACIÓN

Como se dijo en el apartado anterior, la interpretación de «lo más favorable» al reo ha conducido a la Corte Suprema a decidir sobre el conflicto en el tiempo de leyes penales mediante el reconocimiento, en el art. 6, de la existencia de un supuesto principio de combinación. En este sentido, la presente cuestión se origina en la interpretación judicial del art. 6 CP.

El citado precepto establece lo siguiente: «La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se

aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. || Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley».

Una lectura atenta de esta norma indica claramente que ella no reconoce al juzgador la potestad de combinar los aspectos más favorables de varias leyes, sino solo de elegir entre ellas una ley, precisamente, aquella que comparativamente resulte más favorable al reo. Solo una forzada interpretación podría mostrar la existencia de un supuesto principio de combinación, lo que desnaturalizaría el sentido de las reglas establecidas en la mencionada norma para la resolución del conflicto en el tiempo de leyes penales. El juez antepondría así su interpretación a la misma ley, lo cual es un peligro muy grande para la garantía de la vigencia de los derechos del ciudadano.

Lo anterior supone que el tiempo atraviesa la estructura del mundo real y de la acción humana. Y cuando en su transcurrir recibe unos límites normativos es porque el ser humano necesita determinar los contornos de la vigencia de una norma, para que de esta manera la validez de las normas no queden expuestas a una indeterminación temporal que incremente la complejidad de las relaciones humanas.¹¹ En este sentido, la vigencia de la ley penal no es atemporal, sino temporalmente limitada. Ella rige durante un lapso y ese es el sentido que persigue el art. 6 CP al fijar los contornos de aplicación de la ley penal en su dimensión temporal. Como cada hecho sucede en un segmento de tiempo determinado, y a este tiempo le corresponde una ley, la regla general es que la única ley aplicable es aquella vigente en el momento exacto de la realización del hecho punible. Sin embargo, puede suceder que después de la comisión del hecho punible cambien las leyes penales, bien incrementando la punibilidad, bien atenuándola o incluso despenalizándola. A este respecto, como la función del derecho penal se orienta principalmente a garantizar las condiciones normativas elementales para una convivencia pacífica en sociedad, el propio orden jurídico establece los mecanismos para que el ciudadano no quede expuesto a la arbitrariedad a causa de la variación de las leyes penales. Si al infractor no se le garantizan sus derechos, entonces la misma sociedad se ve expuesta al fracaso, ya que el infractor no es una isla en el conglomerado social, sino un ser social con derechos en permanente comunicación con los demás. Por esta razón,

11 Cfr. LUHMANN 1980: 34.

empezando por la Constitución y concretándose luego en el Código Penal, el sistema normativo ha creado reglas para resolver el conflicto de las leyes penales que pueda presentarse en el devenir del tiempo.

Como ha quedado anotado, el punto de partida es que la ley aplicable es aquella vigente en el momento exacto de la comisión del hecho punible. Esto es lo que se conoce como el principio *tempus regit actum*, que rige implícito en la práctica judicial orientando cotidianamente la dación de las sentencias penales. Este principio está reconocido en la primera oración del art. 6: «[...] la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible». Solo de manera *excepcional* el derecho penal admite la posibilidad de aplicar la ley penal a un momento diferente al de su vigencia. Esta situación se presenta en dos casos:

- a) Cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una ley y, luego, aparece otra posterior más benigna que, por ser más favorable al procesado, se aplica de forma *retroactiva*.
- b) Cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una antigua ley que, a pesar de estar derogada, se aplica al caso de manera *ultractiva* por ser más favorable que la ley posterior.

En ambos supuestos, lo más favorable al reo es el *leit motiv* de la aplicación de la ley penal más allá del contorno temporal de su vigencia. Este criterio tiene una fuerza normativa considerable, al punto de poder incluso extinguir de golpe la pena impuesta y sus efectos cuando, según una nueva ley, el hecho calificado como punible por la ley anterior deje de estar vigente (art. 7 CP).

Esto quiere decir que la aplicación retroactiva y ultractiva de la ley penal representa para el enjuiciado una garantía de no verse expuesto a la arbitrariedad a causa de una modificación de dicha ley. Si después de la realización del hecho punible cambia la ley, ese cambio debe traer, en todo caso, un mejoramiento de su situación jurídica, por cuanto en el derecho penal rige el principio de aplicación de lo más favorable al reo en caso de una modificación de leyes penales (art. 6, segunda oración del primer párrafo).

La Corte Suprema no desconoce una aplicación retroactiva ni ultractiva de la ley penal. Esto puede constatarse en reiterada jurisprudencia; por ejemplo:

En caso de conflicto de la ley penal en el tiempo, se aplicará la ley posterior si es más benigna que la ley vigente al momento de la comisión del evento, en virtud del principio de retroactividad benigna¹² (aplicación *retroactiva*).

Teniendo en cuenta que el delito que se imputa al acusado se encontraba sancionado con penitenciaría no mayor de 15 años, a tenor de lo dispuesto en el art. 223, inc. 3, del Código Penal de 1924 vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, [...] resulta más benigno en relación [...] [con] la legislación vigente¹³ (aplicación *ultractiva*).

A pesar [de] que el delito se ha cometido durante la vigencia de una norma penal, es de aplicación retroactiva otra posterior que resulta más favorable al inculpado respecto al monto de la pena¹⁴ (aplicación *retroactiva*).

Los hechos denunciados tuvieron lugar cuando se encontraba en vigencia el Código Penal de mil novecientos noventa y cuatro, encuadrándose en el artículo 165 de dicho cuerpo de leyes como delitos de lesiones graves, y sancionado con penas alternativas de prisión o penitenciaría; que, estando a las condiciones personales del procesado, así como a la forma y circunstancias en que perpetró dicho ilícito, le hubiera correspondido la pena de prisión; que, en tal sentido, resulta de aplicación dicha previsión legal al procesado, por ser más favorable¹⁵ (aplicación *ultractiva*).

En el presente caso el delito imputado a los acusados ocurrió en 1971, encontrándose previsto en el art. 150 CP de 1924 con pena de penitenciaría no menor de seis años ni mayor de veinte años; que siendo esto así, es de aplicación al caso materia de autos la primera norma legal invocada por ser más favorable al reo en atención al principio de ultractividad benigna¹⁶ (aplicación *ultractiva*).

Como se puede ver, la aplicación *retroactiva* o *ultractiva* de la ley penal goza en el ámbito jurisprudencial de una prolífica aplicación cuando se ha tratado de decidir sobre lo más favorable para el reo. Por esta razón, sorprende que existiendo una tradición jurisprudencial notoriamente garantista de aplicación de la ley penal en su dimensión temporal, la Corte Suprema opte por una solución alternativa que mezcla dos leyes que pertenecen a dos tiempos diferentes, lo cual es un supuesto que el Código Penal no contempla. Con esto se aclara el sentido del art. 6 CP: este resuelve el conflicto en el tiempo de leyes penales estableciendo que la ley aplicable es aquella

12 CHOCANO y CHAMOCHUMBI 2003: 50.

13 ROJAS VARGAS 1999: 15.

14 VILLAVICENCIO T. 2002: 57.

15 CHOCANO y CHAMOCHUMBI 2003: 51.

16 CHOCANO y CHAMOCHUMBI 2003: 52.

«más favorable al reo». O sea, el mensaje normativo para el juez penal es el siguiente: «Tú, juez, entre todas las leyes en conflicto, elige solo una: aquella que comparativamente favorezca más al reo. De esta manera, la creatividad de tu interpretación tiene un límite: considera cada ley en su integridad, sin sobrepasar sus límites, e interpreta cuál de todas es la más favorable al reo; eso sí, lo que no puedes hacer es anteponer tu interpretación a la misma ley seccionando varias leyes para unir las porciones que te parezcan más favorables, porque el producto que vas aplicar ya no es, y nunca será, una ley propiamente dicha, sino un híbrido rarísimo que, al fin y al cabo, solo será fruto de tu invento».

Situémonos en otro escenario para resaltar el aspecto indisoluble de la ley: imaginemos una audición en la que el director de una obra de ballet femenino tenga que elegir a solo una candidata de entre todas las que se presentan para interpretar el papel principal. Precisamente, por tratarse del papel principal, la persona requerida deberá ser muy hermosa y danzar con singular gracia. Si entre las candidatas una danza con cautivadora elegancia pero no tiene la fortuna de ser bonita, y por otra parte se presenta alguna de belleza incomparable pero sin ritmo para danzar, el director no podrá seccionar a ambas para unir sus mitades —por muy tentado que pueda sentirse— con el fin de obtener lo que busca: una hermosa bailarina. Lo mismo sucede con las leyes penales. En el escenario judicial, en la *audición* para determinar lo más favorable al reo, el juez tendrá que elegir solo una ley entre las distintas leyes candidatas, porque la ley, al igual que la persona, posee una unidad indisoluble. Así nació, el día en que el legislador la aprobó y puso en vigor, y asimismo morirá cuando en el transcurso del tiempo deje de regir mediante su derogación.

En el derecho penal y, en especial, en el ámbito de la vigencia temporal de la ley penal, no existe un principio de combinación de leyes. Por el contrario, el único principio válido es el de *unidad de la ley aplicable*, que rige el proceso de determinación de lo más favorable al imputado en caso de conflicto temporal de leyes penales.¹⁷ El principio de la unidad de la ley penal aplicable se basa en que la ley penal fue creada como una unidad por el legislador. Su unidad muestra el poder del legislador a quien, en un Estado de derecho, se le ha confiado la potestad exclusiva de crear leyes para hacer más posible la convivencia humana en sociedad. La conservación de

17 Cfr. CARO JOHN 1994: 736.

la ley penal como una unidad también permite conocer su contenido y finalidad como un ser vivo, con una existencia independiente de su creador. Tratándose de una ley penal, la exigencia de su unidad es mayor, porque de esa manera se hace previsible y comprensible para el ciudadano la pauta de conducta que el sistema normativo establece a fin de que su estricta observancia posibilite el funcionamiento de la convivencia en sociedad. Esto último se puede lograr de una mejor manera cuando en la ley quedan plasmados los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena con que el Estado se dirige a la generalidad, pero, en todo caso, plasmados como el resultado de un procedimiento de creación de leyes en la forma que la Constitución fija. Solo así la ley penal podrá en sí misma representar una garantía contra la arbitrariedad.

La tradición jurisprudencial de la Corte Suprema también reconoce el principio de unidad de la ley penal aplicable:

Para la determinación de la ley más favorable se debe realizar una comparación concreta de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho, esto es, debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de la comisión del hecho, con la que consultaría [sin duda se quiso decir *resultaría*] como consecuencia de la reforma; que, en esta comparación debe tomarse en cuenta las penas principales y luego *la ley en su totalidad* (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y de las reglas de la parte general).¹⁸

De otra parte, la Corte Suprema ha intentado corregir el error de combinar las leyes penales. Y lo ha hecho —muy en el fondo— para hacer prevalecer el principio de unidad de la ley penal aplicable y corregir así el malentendido terminológico de denominar «combinación» siempre a toda aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal. Esto se infiere, por ejemplo, de la sentencia que a continuación se cita, en la que se hace hincapié en la imperiosa necesidad de evitar una desnaturalización de la aplicación de la ley a la que se llegaría cuando mediante la combinación se llega a crear judicialmente una tercera norma.

Si bien este Supremo Tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar el principio de combinación, conforme al art. 6 del C. P. vigente; sin embargo [...] es del caso precisar que dicho principio no se puede aplicar irrestrictamente, sino que debe respetar la coherencia normativa de las instituciones en comparación, a fin de evitar su desnaturalización y

18 ROJAS e INFANTES 2001: 62 y s. (El destacado es nuestro).

la creación judicial de una tercera norma, lo que es incompatible con nuestro sistema constitucional.¹⁹

En consecuencia, la ley penal representa en su unidad una garantía contra la arbitrariedad, y esto rige en las diferentes dimensiones de aplicación de la ley penal: temporal, espacial y personal (art. 1. al 10 CP). En la situación concreta de la dimensión temporal, rige el *principio de unidad de la ley aplicable*, que no puede ser sustituido por el mal denominado «principio de combinación», como fue la pretensión de la exposición de motivos del Código Penal de 1991. En el apartado siguiente se profundiza en esta cuestión.

III. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

Un argumento usual en defensa de la combinación leyes es que dicho procedimiento constituye un supuesto de «interpretación integradora».²⁰ Este ha sido también el criterio seguido en algunas sentencias penales de la Corte Suprema en el momento de decidir sobre el conflicto de leyes penales en el tiempo: «[...] haciendo una *interpretación integradora* de los art. 119.5 y 121 última parte del Código Penal de 1924, se debe combinar el aspecto favorable de la ley vigente al momento en que se cometieron los hechos, con el aspecto favorable de la ley que se promulga con posterioridad».²¹

Detrás de este planteamiento se confunde el significado de la interpretación integradora. *Interpretación* e *integración* de la ley penal son conceptos que se asemejan y, a la vez, se diferencian por encontrarse en una relación de género y especie. La *interpretación*, de un modo general, se orienta a desentrañar el sentido preciso de una ley mediante el esclarecimiento del sentido de los elementos que la conforman pero sin salir fuera de sus límites o contornos. De esta manera, mediante la interpretación, «el derecho se perfecciona continuamente».²² Por su parte, la *integración* también se dirige a averiguar el contenido y alcance de la ley, pero con la característica que acude a otras instancias normativas diferentes de la misma ley cuyo contenido se busca esclarecer.²³ Con esto se reconoce que la integración

19 ROJAS e INFANTES 2001: 65.

20 Por ejemplo, VILLAVICENCIO T. 2002: 54.

21 ROJAS e INFANTES 2001: 63 y s. (El destacado es nuestro).

22 JESCHECK y WEIGEND 1996: 151, nota 1.

23 Cfr. POLAINO NAVARRETE 2001: 418.

también persigue esclarecer el sentido de una ley pero —como su mismo nombre lo indica—, a diferencia de la interpretación *stricto sensu*, supone una operación que trasciende a la misma ley al buscar integrar el sentido del elemento abierto con un sustrato valorativo obtenido fuera de sus contornos. La integración no llena un vacío de ley ni colma el vacío de un elemento ausente de esta, sino que busca precisar interpretativamente el significado de un elemento ya existente en la norma, mas remitiéndose para tal efecto necesariamente a otros ámbitos del mismo Código Penal u a otras normas de igual o superior jerarquía. El ejemplo más claro de *integración* de la ley penal lo brindan la analogía *in bonam partem* y las leyes penales en blanco. En especial, estas últimas constituyen un vasto campo de acción para la integración o, en todo caso, para la *interpretación integradora* (por decirlo en la terminología de la mencionada doctrina nacional). Las leyes penales en blanco aluden a tipos penales con uno o más elementos que: a) se remiten a otro artículo del mismo Código Penal —tipos derivados, que pueden ser cualificados o privilegiados—, bien para completar el supuesto de hecho, bien para completar la pena prevista —por lo general— en un artículo anterior; y b) también se remiten a una ley extrapenal para completar su contenido.

Un ejemplo en el que se puede ver la *interpretación stricto sensu* en funcionamiento es el que se refiere al delito de prevaricato (art. 418 CP). El tipo penal establece: «el juez o fiscal que, a sabiendas, dicta resolución o emiten dictamen, contrarios al texto expreso y claro de la ley [...]». Conforme a este tipo penal, el delito solo puede ser cometido por un juez o fiscal, y no por cualquier persona que no ostente dichas cualidades. La norma es cerrada, y algunos de sus elementos —en especial los referidos a los conceptos de *juez* o *fiscal*— no condicionan necesariamente una interpretación que trascienda los límites de la propia norma para saber lo que significan. El tipo indica los elementos que configuran su sentido, que pueden ser comprendidos sin tener que acudir necesariamente a otras normas del ordenamiento jurídico como pueden ser la Constitución, las leyes orgánicas del Poder Judicial y las del Ministerio Público, las que incluso se refieren a dichos funcionarios partiendo del supuesto de que se sabe lo que significan, por lo que se limitan tan solo a establecer con precisión sus deberes y funciones, pero sin acaparar en absoluto la titularidad del significado y sentido de dichos conceptos como elementos normativos del tipo penal. Lo mismo ocurre con el tipo penal del homicidio, definido en los siguientes términos: «[...] el que mate a otro [...]» (art. 106 CP). La alusión a la víctima, comprendida bajo el concepto de «otro» se refiere a un ser humano, no a un

animal o a un insecto. A lo mejor, en algún caso será necesario acudir a alguna ley especial para establecer con precisión el punto exacto del comienzo o fin de la vida. No obstante, esto no contradice ni niega que el sentido del tipo penal esté referido en sí mismo a un ser humano como víctima del delito; es decir, la captación de su sentido no depende de la determinación que pueda conferir otra norma.

La integración —o interpretación integradora, como se dijo— condiciona necesariamente la remisión a otra norma del mismo Código Penal o a alguna otra extrapenal para precisar el sentido completo de la norma puesta en cuestión. Por ejemplo: en el delito de aborto cometido por un profesional sanitario (art. 117 CP) se establece: «[...] el médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario [...] que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto [...] será reprimido con la pena de los artículos 115 y 116 [...]». Nótese que en este caso el *quantum* y la clase de la pena no están determinados de manera expresa en el tipo penal, pero sí lo están el marco de la punibilidad. En otras palabras: el tipo penal no está incompleto, sino que solamente el sentido de uno de sus elementos, el referido a la penalidad —que ya forma parte del tipo—, presupone la remisión a otra norma penal dentro del mismo Código Penal —en este caso, a dos tipos penales anteriores—, aunque solo para precisar la clase de pena y su *quantum*. También constituye otro ejemplo la redacción del delito de contaminación del medio ambiente (art. 304 CP), que dice: «El que, infringiendo las *normas sobre protección del medio ambiente*, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos [...]». Nuevamente, el sentido cabal del tipo penal solo podrá establecerse mediante la remisión a unas normas extrapenales, en este caso, a las normas de protección del medio ambiente, pero solo para una mejor «especificación del tipo».²⁴

La interpretación integradora está legitimada en la medida en que no modifica ni inventa nuevos elementos en una ley penal, sino esclarece específicamente el sentido de uno de sus elementos, para lo cual se remite a otras instancias normativas. Esta remisión está establecida en la misma ley para un cabal esclarecimiento de su contenido global. El principio orientador de esta clase de interpretación tiene rango constitucional, en tanto que la Constitución garantiza el «[...] principio de no dejar de administrar justicia

24 JAKOBS 1991: 4/10.

por vacío o deficiencia de la ley» (art. 139.8). La constatación de lo anterior da pie a la pregunta de si la combinación de leyes es entonces una variante de la interpretación integradora. En relación con esta cuestión, se puede enfatizar que la combinación de leyes penales no constituye ningún supuesto de interpretación integradora ni de ninguna otra clase de interpretación.

Toda ley necesita ser interpretada, de lo contrario, solo sería una mera declaración abstracta de la voluntad del legislador o, en definitiva, una mera «[...] declaración programática de Derecho, pues sólo formalmente sería una norma jurídica».²⁵ Por lo mismo, la interpretación es siempre una labor creativa que desafía la mente del juzgador para que se lance a buscar el sentido jurídico de una ley, aun cuando algún elemento de esta no sea suficientemente preciso y deba ser esclarecido por el intérprete en virtud del mandato de aplicación estricta (*lex stricta*).²⁶ En este punto, merece una especial atención el asunto de si la labor creativa del juez puede valerse de la exposición de motivos del código penal para esclarecer el sentido de una ley penal. Viene a consideración esta reflexión porque en el tema que concierne al presente trabajo, la propia exposición de motivos del Código Penal de 1991 propició, de alguna manera, la inocuidad de la combinación de leyes al declarar que el nuevo Código Penal reconocía validez al principio de combinación. Al respecto se debe destacar el rechazo de la exposición de motivos como referente válido para la interpretación de una ley, debido a que —como su nombre mismo lo indica— ella alude únicamente a los motivos e intenciones que pudo haber tenido el legislador para dar una ley, y no posee carácter vinculante. En otras palabras, como dice Jakobs, las exposiciones de motivos constituyen «[...] a lo sumo[,] indicios de las presuposiciones de algunos parlamentarios; la mayoría puede que incluso —por falta de conocimiento técnico o de interés— no haya tenido ideas relativas al objeto de la regulación».²⁷ Incluso en la situación concreta de la exposición de motivos del Código Penal de 1991, la referencia al supuesto principio de combinación quedó obsoleta con la dación de la nueva Constitución, en 1993. Ello es así porque aquella exposición de motivos justificaba la existencia de la combinación de leyes mediante una interpretación muy

25 POLAINO NAVARRETE 2001: 413.

26 Cfr. ROXIN 1997: 5/8, 26 y ss.

27 JAKOBS 1991: 4/21.

creativa de la antigua Constitución de 1979, aprovechándose de la ambigüedad de la norma constitucional en lo concerniente a la aplicación de lo más favorable al reo. Sin embargo —como se demuestra en el apartado siguiente—,²⁸ con la nueva Constitución de 1993 la presente cuestión quedó suficientemente aclarada, por lo que sobresalió la inconstitucionalidad de la combinación de leyes penales en toda su dimensión. Por tanto, la exposición de motivos solo expresa la voluntad del legislador, «no es fuente del derecho»,²⁹ y el juez no puede sujetar su interpretación a la voluntad de un legislador sino solo —por excelencia— a la ley misma. En suma, «[...] conceder importancia a la voluntad del legislador para comprender y aplicar los alcances del texto legal plantea el serio inconveniente de tener que admitir que el legislador no se ha sometido a la ley, pues su palabra todavía cuenta, cuando el propio principio de legalidad y el concepto mismo de Estado de Derecho imponen el sometimiento de todos los hombres a la ley en igualdad de condiciones».³⁰

IV. JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Un aspecto importante que no puede pasar desapercibido en el examen de la presente cuestión es el juicio de constitucionalidad de la combinación de leyes penales. La inmediata remisión a la Constitución se explica en que aquella forma de aplicación de la ley penal pone en entredicho la validez del principio de legalidad,³¹ que constituye el máximo principio rector del derecho penal (art. II, Título preliminar CP) y, al mismo tiempo, goza de rango constitucional (art. 2, inc. 24 d, Const.). La doctrina nacional que, por lo general, rechaza la combinación de leyes al fundamentar su punto de vista no llega a cuestionar su constitucionalidad, limitándose, por el contrario, solo a subrayar que con esta forma de aplicación de la ley «[...] el juez estaría configurando una nueva regulación sin atender a los criterios generales establecidos por el legislador».³² Pero, en realidad, ¿qué otro criterio

28 Cfr. *infra* IV.

29 URQUIZO OLAECHEA 1993: 735.

30 CARO JOHN 1994: 746.

31 De acuerdo con Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES (2000: 94).

32 Por ejemplo, GARCÍA CAVERO 2003: 189.

más general puede haber que la misma Constitución que diseña el marco normativo de la forma de creación y aplicación de la ley penal?

Tal vez la inconstitucionalidad de la combinación de leyes no pudo ser tan visible durante los dos primeros años de vigencia del Código Penal de 1991, en parte por la propia ambigüedad de la redacción de la norma constitucional sobre la aplicación de la ley penal. Recordemos que en ese periodo seguía vigente todavía la Constitución de 1979, documento que reconocía en el art. 233.7, como una garantía de la administración de justicia «[...] la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales». El uso del pronombre personal neutro «lo», en vez de la referencia directa al sustantivo «ley penal» dejaba abierto un amplio marco de libertad al juez penal para que con una interpretación extensiva pudiera concluir que el texto constitucional, mediante la expresión «lo más favorable», le facultaba la posibilidad de combinar los extractos más beneficiosos para el reo de cada una de las leyes en conflicto y aplicarlos sin mayor reparo al caso concreto.

Sin embargo, después de que en 1993 nuestro ordenamiento jurídico tomara un nuevo giro normativo con la puesta en vigor de una nueva Constitución, la problemática de la combinación de leyes penales debió haber terminado. En esta Constitución, la redacción de «lo más favorable» fue reemplazada por la frase «la ley más favorable». Esto se puede ver en el art. 139.11, que establece: «[...] son principios y derechos de la función jurisdiccional: la aplicación de *la ley* más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».³³ La precisión semántica de esta norma constitucional delimita de forma ostensible el espacio de valoración del juez, y lo circunscribe siempre a la aplicación de *una ley*, aquella considerada la más favorable tras su comparación con otra (precedente, subsecuente o intermedia). La comparación de leyes se hace tomando en cuenta todos los elementos que configuran la ley en su integridad, y no sobre la base de un solo elemento como puede ser, por ejemplo, la pena.³⁴ Con esto, el juez no necesita extraer las porciones más favorables de alguna de las leyes concurrentes para combinarlas y aplicarlas al caso concreto, porque ahora *lo* más favorable se refiere precisamente a *la ley* que comparativamente

33 El destacado es nuestro.

34 Cfr. HURTADO POZO 1987: 275.

ofrece más ventajas para el reo en relación con la otra. La inconstitucionalidad de la combinación de leyes sale a relucir por sí misma.

En una sociedad en la que las relaciones personales están garantizadas por una Constitución política, la ley penal constituye el escudo más valioso que dispone el ciudadano —llámese infractor, llámese víctima— para salvaguardar sus derechos frente al ataque de los demás y a la injerencia del Estado sobre su ámbito de libertad personal. La ley penal protege de esta manera al ciudadano frente a los delitos, y al delincuente frente a la intervención estatal. En uno u otro caso, cuando la ley penal se ha infringido, corresponde a la justicia penal hacer efectivo su cumplimiento estricto porque, de lo contrario, si las infracciones quedan impunes o las sanciones son suavizadas sin razón explicable, entonces ya no es posible hablar de una sociedad en funcionamiento ni de garantías normativas mínimas para una convivencia pacífica. Asimismo, si la aplicación de la ley no está sujeta a límite alguno, por esa vía se abre una puerta a la intervención desmedida del Estado sobre la libertad individual que, si bien empieza por el infractor, sin embargo puede luego extenderse a la sociedad misma. De allí que se demande de los tribunales la estricta observancia de la aplicación de la ley penal respetando el estándar constitucional que subyace a todo actuar en derecho.

V. DEBER DE SUJECIÓN A LA LEY

El deber de sujeción a la ley concierne a todas las personas, aunque más directamente al juez penal, ya que, en relación con los demás, este tiene naturalmente un «mayor espacio de libertad»³⁵ —legitimado constitucionalmente— para interpretar la ley y decidir sobre la continuidad del ejercicio del derecho a la libertad del procesado. Si bien, por una parte, el espacio de actuación judicial es amplio, por otra, sin embargo, ha de reconocerse que no es absoluto, como tampoco absoluta es la libertad de la ley para condicionar al juez a una sumisión ciega a su tenor literal. Los tiempos en que se pensó —cual fue el tiempo de Montesquieu— que «los jueces [...] sólo son la boca que pronuncia las palabras de la ley, esto es, un ser desprovisto de voluntad, a quien no se le permite aminorar ni su dureza ni su rigor»,³⁶

35 Cfr. SILVA SÁNCHEZ 2000: 251.

36 MONTESQUIEU 1951: libro XI, capítulo 6, p. 225.

es decir, jueces sin libertad de interpretar el tenor de la ley, son hoy felizmente obsoletos. En nuestro caso, con mayor razón desde que la Constitución garantiza «la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional» (art. 139.2).

La independencia exigida del juez se da, ante todo, con relación al Estado, porque al integrar el cuerpo del Poder Judicial y este, a su vez, constituir uno de los poderes principales del Estado, se ubica en una zona sensiblemente franqueable por el *ius puniendi*. El papel del juez en este contexto es importantísimo porque en sí mismo encarna la garantía de limitar la pretensión del intervencionismo estatal sobre los derechos individuales de las personas. Asimismo, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional también tiene sentido en relación con los demás y consigo mismo, lo que le obliga a anteponer su deber de administrar justicia con rectitud frente a la ingerencia de terceros sobre su decisión y también frente a sus propias convicciones morales, políticas y otras de similar índole. Sin embargo, la independencia del juez pasa de la teoría a la práctica con la interpretación y aplicación de la ley. Justamente, el campo de la interpretación y aplicación de la ley constituye el lugar adecuado en el que se pone a prueba la rectitud de la independencia judicial. Y en este lugar, el «mayor espacio de libertad» del juez solo puede encontrar su auténtica independencia mediante la sujeción a la ley.

La sujeción a la ley puede ser explicada mediante dos conceptos: a) sujeción por medio de la ley, que implica reconocer la existencia de un texto con un significado objetivo previamente dado, sin nada más que agregar; corresponde al juez solo la función de mero aplicador de la ley; b) sujeción a la ley, que deja en manos de la actividad judicial la potestad de asignar o atribuir un significado a la ley, pero bajo determinados límites.³⁷ En el primer caso, el contenido de la sujeción es establecido por el significado objetivo del texto legal. En el segundo, el contenido de la sujeción viene dado por el estándar constitucionalmente fundamentado de una práctica judicial de asignación o atribución de un significado a los elementos que conforman una ley.

El juez tiene en sus manos la posibilidad elegir entre estas dos variantes de sujeción. Si opta por lo primero, no deja de ser un mero aplicador de la

37 Cfr. CHRISTENSEN 1989: 19.

ley desprovisto de toda creatividad. Esto fue la máxima aspiración del estricto positivismo jurídico, mentalidad que se compagina con la famosa declaración de Montesquieu de que el juez es solo la boca que pronuncia las palabras de la ley. El problema que plantea esta opción es que cuando algún elemento del tenor de la ley es oscuro o confuso, la inseguridad jurídica ya existente por esa ambigüedad se incrementa notablemente, ya que a falta de claridad la decisión quedaría expuesta al azar de la decisión judicial. Por el contrario, si el juez opta por sujetarse a la misma ley, entendiendo que ella solamente fija los elementos que mediante la interpretación judicial van a cobrar vida, entonces, el proceso de aplicación se convierte en una actividad pensante y de continuación creativa del propio derecho. En esta línea de pensamiento, la sumisión estéril a la ley de una actividad judicial queda excluida de plano y, más bien, el principio constitucional de «[...] no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley» (art. 139.8, Const.) adquiere su más elevado nivel de respeto y salvaguarda. La ventaja de una sujeción a la ley da al juez también la posibilidad de no dejar su interpretación anquilosada a un concepto fijo de validez temporal inmutable, como si nada hubiera pasado. El propio desarrollo y cambio permanente de los valores en la misma la sociedad y el sistema normativo fuerzan muchas veces a que el juzgador despliegue su doctrina jurisprudencial al compás de los continuos «cambios de significado» que pueda recibir algún elemento configurador del tenor de una ley con el devenir del tiempo.

Sin embargo, la sujeción del juez a la ley condiciona lógicamente que la ley que va a ser interpretada debió haber sido emitida por el legislador conforme a la potestad que la Constitución le ha conferido. Suponiendo que la ley presente algún defecto o laguna en alguno de sus elementos, el juez tiene la facultad de integrar dicho elemento mediante su interpretación. Sin embargo, el juez no puede subsanar el defecto o esclarecer la ambigüedad del texto de una ley añadiendo un elemento extraído de otra, porque de esta manera estaría creando una tercera ley —como ocurre con la combinación de leyes— y, a la vez, actuando como legislador,³⁸ cuando la Constitución claramente ha establecido que solo al legislador le compete la creación de leyes (art. 102.1), y solo al juez su aplicación (art. 138; 139.1). La independencia del juez para elegir la forma de sujetarse encuentra de esta manera su límite en la propia ley. El lenguaje de la ley aporta el contenido y el límite

38 Cfr. KAUFMANN 1999: 85.

del campo de acción de la labor interpretativa del juez. Junto con ello, los elementos que la conforman no destacan por su metodología de redacción, sino por su declaración normativa. Finalmente, el tenor de la ley debe ser respetado en la forma en que fue dictado por el legislador.