

## PRESENTACIÓN

Desde hace mucho tiempo hemos estimado necesario dedicar uno de los números del anuario al estudio de los diversos problemas relacionados con la interpretación y la aplicación de la ley penal. Este sentimiento ha surgido y se ha desarrollado ante la constatación cotidiana de la deficiencia con que se concibe la interpretación y es practicada tanto por teóricos como por prácticos del derecho.

Una de las causas de esta deficiencia es la supervivencia de viejos y superados criterios respecto a la interpretación. Con frecuencia se percibe en el razonamiento la persistente presencia de concepciones racionalistas sobre la fuerza de la ley. A partir de ellas, se tiene la ilusión de que se pueden estatuir leyes completas y perfectas, mediante las cuales se puede proteger eficazmente los bienes y derechos fundamentales de las personas ante los actos indebidos de terceros y los abusos de los órganos estatales.

Partiendo de esta concepción de la ley y de sus funciones, se considera que la aplicación de esta solamente consiste en la utilización del denominado *silogismo jurídico*, cuya premisa mayor sería la ley (clara y precisa); la premisa menor, el estado de hecho (directa y objetivamente establecido); y cuya conclusión estaría constituida por el resultado seguro de la confrontación de ambas premisas. Así, se afirma, por ejemplo, que el juez no debe más que aplicar la ley; que las leyes claras no deben ser interpretadas; que la interpretación solo es el hecho de descubrir el sentido encubierto por el texto legal; que es indispensable dictar nuevas disposiciones legales para reemplazar, completar o precisar las ya existentes consideradas imperfectas.

Los avances efectuados —en particular, en el estudio del lenguaje y de la argumentación— muestran que quienes sostienen dichos criterios, en general desconocen el carácter particular del lenguaje, sea común o técnico.

Este es siempre un medio impreciso y ambiguo que impide establecer disposiciones inequívocas. Por tanto, el sentido de los textos legales —como el de cualquier otro tipo de textos— depende en mucho del contexto en el que deben ser comprendidos y aplicados. Desde esta perspectiva, es en especial grave que no se consideren de manera atenta y permanente las reglas constitucionales y las estatuidas en las convenciones internacionales suscritas. Lo mismo sucede si se recurre a criterios que se apoyan en ficciones, como cuando, por ejemplo, se invoca la finalidad de resocializar atribuida a la pena, a pesar de que ella solo es una utopía en nuestro medio. Igualmente, grave es la deficiente argumentación respecto a los fundamentos de hecho y de derecho de las sentencias. Se olvida que estas no convencen de su justicia más que cuando se exponen clara y coherentemente las razones y apreciaciones de valor que fundamentan la íntima convicción que determina la orientación de la decisión. Solo así, además, instancias como la Corte Suprema pueden establecer jurisprudencia que sea seguida, por lo ilustradas y fundamentadas que son las decisiones sucesivas que la estatuyen y no por la declaración formal de su índole vinculante.

Para mostrar estas deficiencias y señalar los puntos de referencia decisivos de un correcto proceso de interpretación y aplicación de la ley, hemos creído necesario que los diversos aspectos de esta problemática sean analizados sobre todo desde una perspectiva práctica. Al respecto, hemos tenido muy presente que el derecho —la regla jurídica que debe aplicarse— y el caso concreto —realidad percibida por medio del derecho— constituyen los pilares centrales de la actividad judicial. En el proceso de interpretación, el papel esencial del caso se percibe en el hecho de que quien aplica la ley debe partir de un estado de hecho y basarse precisamente en la ley para calificarlo. De modo que dicho proceso consiste en un ir y venir continuo entre estos dos extremos con el fin de armonizar las exigencias del caso con las del derecho. El intérprete cumple, entonces, una función diferente a la que le atribuye la concepción tradicional: la de extraer de las disposiciones legales las normas, normas que no son más que el sentido verdadero y único del texto legal. En realidad, el intérprete tiene una labor creativa, pues atribuye al texto legal —entre sus diversos sentidos posibles y de acuerdo con criterios lógicos y axiológicos— aquel sentido que estima adecuado y justo al caso concreto.

La interpretación es, por tanto, un proceso complejo. El intérprete no es un simple intermediario entre el legislador y las partes concernidas por la aplicación de la ley. En dicho proceso se recurre a todos los medios lógicos,

cognitivos y de valor, indispensables para atribuir al texto legal (siempre general y ambiguo) uno de los sentidos posibles, teniendo en cuenta la evolución del contexto social en el que se aplica. De manera que si bien el ámbito determinado por los posibles sentidos de la disposición debe ser respetado por el intérprete —en virtud del principio de la legalidad—, este tiene su mejor garantía en la motivación de la selección efectuada (consistencia de la argumentación).

Con el fin de alcanzar las modestas metas que nos hemos señalado con la publicación de este volumen, hemos tratado de abordar de una manera más pragmática que teórica algunas cuestiones relativas a la interpretación. Para esto, solicitamos a los colaboradores que tomaran como punto de partida u objeto de esclarecimiento determinadas leyes (nacionales o extranjeras) y ciertas decisiones judiciales relativas a casos en los que se presenta un particular problema de comprensión. Ejemplos claros son la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación terrorista, las decisiones de la Corte Suprema referidas a las rondas campesinas o a las decisiones vinculantes, la sentencia del Tribunal Supremo español respecto a la «doctrina consolidada» en relación con el delito de prevaricato y, por último, las decisiones del Tribunal Federal suizo concernientes a un interesante caso de cambio de jurisprudencia en el ámbito de los delitos sexuales.

Aunque está de más decirlo, resulta conveniente adelantar que no se ha pretendido presentar un estudio completo de los numerosos tópicos relativos a la interpretación y a la aplicación de la ley penal. Bien al contrario, solo se trata de una minoría. No obstante, esta no es el resultado de una selección arbitraria, sino la cosecha obtenida de la ardua y larga tarea de proponer y obtener promesas de colaboración. Cosecha insuficiente en cuanto al número de promesas cumplidas, pero satisfactorio, a nuestro entender, por el nivel de las contribuciones recibidas.

Sirve de introducción a la materia de este volumen el trabajo de García Amado. Con gran dominio del tema, el autor explica de manera coherente los diferentes problemas que presenta la aplicación del derecho por parte de los órganos encargados de hacerlo. Así, desde la perspectiva filosófica que defiende analiza las diversas etapas y criterios que conducen de la comprensión de los hechos a la adopción de una resolución judicial, pasando por la atribución de un sentido a la disposición legal y por la manera de explicar y justificar cada uno de los criterios, reglas y apreciaciones de valor adoptados. Para aclarar sus explicaciones, García Amado recurre a breves y didácticos ejemplos, ejemplos que completa con el comentario crítico de

sentencias judiciales en materia penal y que sirven de colofón a su exposición. La claridad de los casos expuestos permitirá a los lectores nacionales referirlos a situaciones frecuentes en nuestro medio. Cualquiera que sea la concepción del lector respecto al derecho y su aplicación, tendrá que apreciar positivamente los aportes de García Amado. Estos favorecen el abandono de la concepción tradicional de la interpretación y, en particular, la consolidación de la idea de que un juez, para aspirar a que su sentencia sea considerada correcta, debe argumentar debidamente.

El artículo de Benlloch Petit (publicado originalmente en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, N.º 11, p. 305 y ss.), referente al delito de prevaricato, reviste una singular importancia para la comprensión y aplicación del art. 418 del CP peruano. Si bien esta disposición difiere del art. 446 del CP español, el análisis realizado por el autor de la sentencia del Tribunal Supremo, concerniente al caso Santiago Raposo, contiene explicaciones que correctamente entendidas pueden tomarse en cuenta —*mutatis mutandis*— para la interpretación de la disposición nacional. De particular utilidad es la manera en que estudia críticamente los argumentos del Tribunal y cómo recurre a la perspectiva constitucional para apreciar la labor de los jueces. En el ámbito peruano, también revelan singular significación la explicaciones de Benlloch en cuanto al criterio ideado por los magistrados supremos españoles de la «doctrina consolidada del Tribunal Supremo» para determinar si un juez prevarica o no. El autor confronta este criterio con otros propuestos por la doctrina, entre los cuales se encuentra el utilizado por nuestro legislador. Según este, debe considerarse si el juez dicta, por ejemplo, sentencia en contra del «texto y claro de la ley». La lectura de la contribución de Benlloch permitirá percibir la falta de desarrollo tanto de nuestra doctrina penal como de la forma en que los jueces interpretan y aplican las leyes. Sus comentarios son también interesantes en relación con el trabajo de Du Puit referente al carácter vinculante de las sentencias, previsto en nuestra legislación, pero incorrectamente utilizado por los jueces supremos.

Castillo González, partiendo de un caso judicial costarricense, presenta el problema del fraude de la ley en derecho penal. Al respecto se pregunta: «¿Cómo se regula en el ámbito penal el caso de que el agente, por un acto precedente, excluya dolosamente un elemento del tipo objetivo, de tal modo que cuando él actúa, en virtud de esta conducta previa, su conducta no cae bajo el tipo penal (legal)?». Trata de responder refiriéndose al análisis y aplicación de algunas disposiciones en las que se consideran algunas

conductas evasivas como delitos particulares. Son ejemplos de ello el fraude de simulación —que castiga al que en perjuicio de otro y para obtener cualquier beneficio indebido «[...] hiciere un contrato, un acto, gestión o escrito judicial simulados, o extendiere falsos recibos o se constituyere en fiador de una deuda y previamente se hubiere hecho embargar, con el fin de eludir el pago de la fianza» (art. 218 CP Costa Rica)— y la estafa de seguro —consistente en lograr para sí o para otro el cobro de un seguro u otro provecho ilegal, destruir, dañare o hiciere desaparecer la cosa asegurada, o se produjere una lesión o agravare las consecuencias producidas por un infortunio (art. 220 CP Costa Rica, comportamiento comprendido en el tipo legal genérico de la estafa del art. 196 CP Perú)—. Además de los esclarecimientos conceptuales que hace sobre el tema estudiado, la colaboración de Castillo González es muy útil por la manera en que expone los aspectos importantes de la interpretación de las disposiciones legales.

El comentario necesario de las sentencias dictadas por los diversos órganos judiciales permite percibir la manera en que estos interpretan y aplican el derecho. Du Puit analiza decisiones judiciales que tocan problemas de actual vigencia. En primer lugar, estudia una sentencia sobre el delito de seducción para poner en tela de juicio la manera en que los jueces supremos ejercen a la ligera la facultad que se les otorga de calificar alguna de sus decisiones como *vinculantes* para las demás instancias. De esta manera, llega no solo a cuestionar la decisión judicial comentada, sino a demostrar la manera incorrecta en que el legislador ha incorporado en nuestro sistema jurídico la *jurisprudencia vinculante*. El respeto y el seguimiento por parte de los jueces inferiores de las sentencias de los jueces supremos no dependen de una declaración formal de estos, sino de la consistencia, transparencia y justeza de sus decisiones, así como de sus argumentos. En segundo lugar, Du Puit presenta varios aspectos de la aplicación de una norma constitucional cuando se juzga un caso penal. Su análisis es interesante porque concierne al agudo problema de la toma en consideración de la pluralidad cultural nacional y del ejercicio del poder jurisdiccional por parte de las autoridades de las comunidades andinas y nativas, en particular en relación con el papel que desempeñan las llamadas *rondas campesinas*. Lo hace tratando de examinar cómo los jueces utilizan los conceptos penales, interpretan la ley y omiten la debida argumentación en muchas de sus resoluciones. La manera simple como el autor analiza las resoluciones judiciales tiene la ventaja de permitirle mostrar con transparencia el razonamiento de los jueces. Análisis que no es sobrecargado con erudición dogmática, la cual resulta, muchas veces, poco comprensible para los jueces y demás operadores del derecho.

Por nuestra parte, hemos tratado de mostrar los diversos aspectos de la interpretación del derecho mediante el análisis de un caso nacional y otro foráneo. El primero es el relativo al art. 400 del CP peruano, en el que se prevé el denominado delito de *tráfico de influencias*. Las deficiencias y la complejidad de la disposición estudiada son consideradas para exponer las múltiples dificultades y malentendidos que presenta —tanto para jueces como abogados— la comprensión del sentido que debe atribuírsele para mejor juzgar los casos concretos. Deficiencias que no son debidas tanto a la mala técnica legislativa como a la falta de una visión clara sobre la manera en que se debe combatir la corrupción. El resultado inmediato es que se impone una revisión a fondo del artículo analizado. El segundo está relacionado con la manera en que los jueces suizos interpretaron el art. 175 de su CP, por el que se reprimía cierta manera de practicar profesionalmente la prostitución. El punto central del análisis es la exposición, por un lado, de los criterios de interpretación aplicados para otorgar a la disposición legal un sentido calificado de verdadero y, por otro, de los nuevos factores que condujeron a los jueces del Tribunal Federal a un cambio radical de interpretación. De esta manera, se trata de mostrar que la aplicación de la ley no puede ser explicada mediante el tradicional silogismo jurídico; que el proceso de interpretación no conduce necesariamente al descubrimiento del *verdadero y único sentido de la ley*; que el juez, ante los diversos sentidos posibles de la disposición legal, debe escoger uno de ellos, y para esto debe recurrir a criterios y reglas de valor.

Uno de los diversos problemas de interpretación que se han presentado en nuestro medio concierne a la aplicación de la ley en el tiempo, más precisamente, a la determinación de la ley favorable que puede ser aplicada retroactivamente. Dos criterios se han opuesto. Unos autores han sostenido que el juez debe aplicar global y concretamente al caso sub iudice las dos leyes en conflicto y, de acuerdo con los resultados obtenidos, escoger aquella con la que se reprime menos severamente al procesado. Otros, por el contrario, han defendido la idea de que el juez debe aplicar las disposiciones o elementos de ambas leyes que sean más beneficiosos al procesado. De este modo, su decisión se fundará en la combinación de las leyes en concurrencia. Caro John analiza con claridad y coherencia este problema e, invocando un real respeto del principio de la legalidad, se pronuncia en favor de la primera solución. Fuera del interés que despierte su preferencia, lo interesante de su trabajo son sus explicaciones sobre cómo se llega a comprender el art. 6 del CP peruano.

En el mismo ámbito, Caro Coria presenta los diversos problemas de interpretación y de aplicación originados por la dación de la ley 28568, por la que se disponía, por un lado, que el tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria que haya sufrido el imputado se abonará en el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención; por el otro, que si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva y domiciliaria se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. Esta ley fue derogada en un contexto fuertemente influido por la discusión sobre si fue o no dictada para favorecer la impunidad de delitos de corrupción, hecho que ha dado lugar a dudas en cuanto a la aplicación de la ley más favorable.

Por la manera gradual y clara en que han expuesto sus ideas, los trabajos de Caro John y Caro Coria merecen ser el objeto de un estudio dirigido a establecer la manera en que los juristas buscan atribuir un sentido al texto legal.

El estudio de la interpretación y aplicación de la ley penal no puede hacerse más dejando de lado el control de la constitucionalidad de las disposiciones legales concernidas. Esto no fue la preocupación primera de jueces y penalistas, debido a que no se dio la debida importancia al control difuso de constitucionalidad admitido en nuestro ordenamiento jurídico. La situación ha cambiado radicalmente, en particular, debido a la instauración del Tribunal Constitucional y al papel asumido por este en el ejercicio de sus funciones. Por ello, las contribuciones referentes a este aspecto de la problemática tratada aparecen en primer lugar en el presente volumen.

Para el análisis de los diversos aspectos del control expreso y difuso de la constitucionalidad, hemos contado con la colaboración de dos magistrados de dicho tribunal. García Toma presenta de manera global la interpretación constitucional, lo que le permite abordar temas capitales como la índole, los objetivos y los tipos de esta interpretación. Así, pone en manos de los lectores una serie de criterios que les permitirán comprender mejor tan importante labor de control de la interpretación y aplicación del derecho. César Landa trata de manera específica la interpretación constitucional en relación con el derecho penal. Con claridad explica —como es lógico— la génesis y las teorías referentes a la interpretación constitucional. Luego, analiza las cuestiones relativas al principio de la legalidad. La importancia de su contribución reside en que realiza sus explicaciones por medio del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la constitucionalidad

de las disposiciones legales relativas al terrorismo, dictadas durante el régimen dictatorial. De acuerdo con él, podemos decir que «[...] quizá sea en el derecho penal donde la vinculación e influencia del derecho constitucional se hace más patente, en la medida en que los valores de libertad personal y la seguridad, que realiza, constituyen su *telos*».

Roque Carrión aborda también la interpretación constitucional en una perspectiva general. Con este propósito hace una introducción interesante sobre el hecho mismo de la interpretación como proceso complejo de comprensión de las disposiciones legales. Luego, y de modo detallado, presenta los principios y criterios de interpretación que el Tribunal Constitucional ha utilizado en su sentencia relativa a la legislación terrorista. Desde esta perspectiva analiza críticamente los argumentos expuestos en esta sentencia, lo que le permite describir y comentar la manera de proceder de los magistrados que la dictaron. De acuerdo con las concepciones actuales, muestra que la piedra angular de la interpretación y aplicación del derecho se encuentra en el proceso de argumentación, proceso que pone en evidencia las concepciones de los jueces y facilita la aceptación de sus decisiones como justas por parte de todos. En esta perspectiva, concluye diciendo que

[...] si bien no existe una teoría normativa y regulativa de la argumentación jurídica, tenemos, en cambio, una larguísima tradición hermenéutica que debemos tener presente y usar críticamente en el arduo trabajo judicial. Las instancias supremas de interpretación, como los Tribunales Constitucionales, constituyen verdaderos laboratorios de racionalidad práctica jurídica en los que se conjugan las tensiones entre la ética, la política y el derecho para justificar sus decisiones, decisiones racionalmente argumentadas, que afectan la vida de los ciudadanos.

La índole de su trabajo y los límites impuestos en cuanto a su extensión han obligado al autor a tratar solo unos pocos aspectos de la sentencia analizada. Como simple ejemplo de uno de los aspectos que deberían ser estudiados, hay que señalar cómo tanto lo expuesto como lo solicitado en el pedido de los recurrentes son elementos que condicionan o son utilizados por los magistrados para analizar la constitucionalidad de la ley impugnada.

La labor del Tribunal Constitucional es, igualmente, analizada por Pereira Chumbe. Lo hace comentando diversas sentencias de este tribunal referentes a la delimitación del delito de función militar y a la organización judicial castrense. Está de más destacar la importancia de los problemas que implica la manera indebida como, en nuestro medio, se ha impuesto una equivocada preeminencia del denominado *fuero militar*, al punto de constituir uno de los mayores lastres para la instauración y afirmación de

un verdadero Estado de derecho. El autor comenta las decisiones del Tribunal Constitucional con serenidad y clarividencia: ora destaca la justeza de lo resuelto, ora señala las insuficiencias en la argumentación o en la manera de extraer conclusiones de lo admitido. Si bien se expresa a título personal, su toma de posición refleja la actitud consecuente de la Defensoría del Pueblo, al origen de las sentencias del Tribunal Constitucional, como demandante de la inconstitucionalidad de la legislación de excepción. Lamentablemente, la falta de voluntad política —en especial del Parlamento— impide, hasta ahora, que la reforma profunda planteada por el Tribunal Constitucional se haga realidad. Abulia que favorece los esfuerzos de los medios castrenses para mantener esencialmente el sistema considerado como anti-constitucional.

Con cierta frecuencia, los legisladores han tratado de establecer reglas para enmarcar y dirigir la labor de interpretación de las leyes. También con frecuencia, estos intentos han sido considerados por los juristas como una labor superflua e inconveniente. A pesar de esto, nuestro legislador ha previsto ese tipo de reglas en el art. VII, párrafo 3, del Título Preliminar del CPP. Lo hace estableciendo la obligatoriedad de la interpretación restrictiva de las disposiciones procesales y la exclusión de la analogía cuando se perjudica al procesado. Esta problemática es estudiada por Polaino-Orts de manera clara y didáctica, lo que resulta altamente positivo para demostrar los vicios que deben evitarse en la legislación y en la aplicación de las leyes. Apoyándose en la doctrina, los antecedentes legislativos y el derecho comparado, valora de manera precisa y crítica la regla contenida en dicha disposición. De manera precisa, concluye diciendo: «[...] no creemos que sea necesaria ni conveniente la inclusión en los códigos procesales o leyes de enjuiciamiento de pautas hermenéuticas de eficacia —supuestamente general e inexcusable—, como la del art. VII.3 CPP del Perú. Su inclusión origina, por lo general, mayores problemas que los que pretende evitar».

Para facilitar la comprensión de los diversos trabajos, hemos creído conveniente incorporar como anexos las principales sentencias que son objeto de análisis, así como otras decisiones referentes a los mismos temas. El lector podrá, así, consultar rápidamente los diversos elementos citados por los autores, lo que le permitirá comprenderlos y apreciarlos mejor. Por la manera como estos citan las sentencias, no hemos considerado indispensable introducir notas para indicar la página donde se encuentra la sentencia citada. El índice es suficientemente detallado.

El volumen es completado con una bibliografía general, elaborada utilizando las referencias bibliográficas hechas por los autores. Esto ha permitido simplificar las notas, en las que solo se menciona el nombre del autor, el año de la publicación y la página. De esta manera, la lectura de los textos se facilita, y su presentación se aligera sensiblemente.

Nuestro más sincero agradecimiento va para los autores de los trabajos que constituyen este volumen. Sin su contribución, este no habría salido a luz, ni alcanzado el nivel que posee. Asimismo, nuestro reconocimiento se dirige a la Université de Fribourg (Suiza) y a la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes patrocinan la publicación en el marco del convenio de colaboración que las une. Por último, no podemos dejar de agradecer, igualmente, al Fondo Editorial de esta última Universidad, al señor Enrique Gordillo Cisneros por su trabajo de corrección de estilo y a nuestro amigo Manuel Cerpa por su constante ayuda en la publicación de este anuario.

Esperamos que el fruto de nuestros esfuerzos encuentre un eco favorable en los lectores. Nuestras expectativas serán colmadas si, al menos, la consulta de los trabajos presentados despierta en ellos el interés y el entusiasmo para mejor interpretar y aplicar el derecho. De esta manera, tal vez, habremos contribuido en algo al desarrollo y consolidación del Estado de derecho y, consecuentemente, a impulsar tanto el mejor respeto de los derechos humanos como la prosecución de la justicia social.

JOSÉ HURTADO POZO

Friburgo/Marly, setiembre 2005