

ALDO MARTÍN FIGUEROA NAVARRO

**APLICACIÓN UNITARIA O COMBINADA
DE NORMAS PENALES
IMPLICANCIAS DEL ACUERDO PLENARIO
N°2-2006/CJ-116**

LIMA – 2009

RESUMEN

La Corte Suprema, mediante un Acuerdo Plenario adoptado por mayoría, ha consagrado el principio de combinación de leyes penales. Formalmente, la decisión adoptada no tiene eficacia normativa porque no refleja una posición unánime, lo suficientemente motivada y explicativa de su contenido. Así mismo, sus alcances prácticos son muy restringidos porque no tienen efectos vinculantes. Materialmente, el principio establecido por mayoría no responde a la tradición legislativa nacional; no es aceptado en la legislación comparada; contradice el uso normal del lenguaje; y no se adecua a una interpretación sistemática, lógica, progresiva y adecuada a la Constitución, dado que permite al juez crear una tercera ley que vulnera el principio de separación de poderes; viola el principio de legalidad; genera inseguridad jurídica, y no se acomoda a los fines de prevención de la pena.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Oberste Gerichtshof, durch eine ganz Abkommen, die von der Mehrheit verankert das Prinzip der Kombination von Strafrecht. Formal ist der Entscheidung nicht über wirksame Vorschriften, weil es nicht die eine einstimmige Position, ausreichend motiviert und erläutert dessen Inhalt. Auch der praktischen Anwendungsbereich ist sehr begrenzt, weil sie keine bindende Wirkung. Wesentlich, das Prinzip von der Mehrheit nicht auf den nationalen Rechtsvorschriften Tradition, ist es nicht in vergleichenden Recht im Widerspruch zu den normalen Gebrauch der Sprache, und nicht mit einer systematischen, logischen, progressive und geeignet um der Verfassung, wie ermöglicht es dem Richter zu schaffen dritte Gesetz verstößt gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, verstößt gegen den Grundsatz der Rechtmässigkeit, schafft Rechtsunsicherheit, und keine Unterkunft für die Zwecke der Verhinderung der Strafe.

RÉSUMÉ

La Cour Suprême de la Justice a consacré le principe de la combinaison des lois pénales, à travers d'un Accord adopté par majorité. Formellement, la décision adoptée n'a pas d'efficacité normative, puisqu'elle n'est pas motivée suffisamment, et elle ne répond pas à un critère accepté majoritairement. Autre, la décision n'a pas d'effets pratiques. Matériellement, le principe établi ne répond pas à la tradition législative nationale; il n'est pas accepté dans la législation comparée; il va l'encontre de l'usage du langage, ainsi que d'une interprétation systématique, logique, progressive et conforme à la Constitution. La combinaison des lois pénales crée une outre lois, qui viole le principe de la séparation des pouvoirs, et le principe de légalité. De même, elle génère insécurité juridique et ne s'encadre pas dans les buts de la peine.

ABSTRACT

The Supreme Court, by means of a Plenary Agreement for majority, it has consecrated the principle of combination of criminal statutes. Formally, the adopted decision doesn't have normative effectiveness because it doesn't reflect an unanimous position, him sufficiently motivated and explanatory of its content; being its very restricted practical reaches. Materially, the established principle doesn't respond to the national legislative tradition; it is not accepted in the comparative legislation; it contradicts the normal use of the language; and it is not adapted to a systematic interpretation, logic, progressive and appropriate to the Constitution, since it allows the judge to create a third law that harms the principle of separation of powers; it violates the principle of legality; it generates juridical insecurity and he doesn't make comfortable to the ends of prevention of the sanction.

PALABRAS CLAVE

Unidad o combinación de leyes – legalidad – seguridad jurídica – favorabilidad – interpretación integradora – carácter vinculante del acuerdo.

INDICE

1. Introducción	5
2. Planteamiento del problema	6
3. Implicancias formales del Acuerdo Plenario	
3.1. <i>Sentencia plenaria o precedente vinculante</i>	7
3.2. <i>Determinación de la naturaleza jurídica del Acuerdo</i>	9
3.3. <i>Fuerza vinculante del Acuerdo</i>	10
3.4. <i>Problemas aplicativos de la decisión</i>	12
3.5. <i>Impacto de la decisión</i>	14
3.6. <i>¿Efecto retroactivo del Acuerdo Plenario?</i>	15
4. Interpretación y desvinculación del precedente	
4.1. <i>Antecedentes históricos</i>	18
4.2. <i>Diferencias gramaticales</i>	21
4.3. <i>Legislación comparada</i>	22
4.4. <i>Jurisprudencia comparada</i>	24
4.5. <i>Implicancias sistemáticas</i>	30
4.6. <i>Interpretación (des)integradora</i>	31
4.7. <i>Finalidad de la aplicación total de la norma</i>	34
5. Conclusión	39

1. INTRODUCCIÓN

Es usual afirmar que **la norma jurídica es una estructura lógica**, conformada en general por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica¹. En el ámbito penal, esta afirmación es aún más relevante por las estrictas exigencias del principio de legalidad, y en particular por las consecuencias jurídicas que este principio genera². La ley “es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales”³; por tanto, en ésta debe encontrar su destinatario, la descripción completa de la conducta prohibida u ordenada.

Sin embargo, como **las normas no son inmutables**, ni las valoraciones que las sustentan estáticas, esta unidad es puesta en cuestión, si aquéllas se suceden en el tiempo y deben ser sometidas para su aplicación, a un **juicio de favorabilidad**. Esto es, que del contenido de cada ley que se sucede en el tiempo, el intérprete tenga que optar por la más favorable al reo.

Pero esta valoración responde a un juicio que se hace con relación a las leyes, consideradas como una unidad, y no como una fracción. Surge en este sentido la **discusión** sobre si **la ley** – o mejor la norma penal- debe ser interpretada como una **unidad indisoluble o puede ser (re)conformada** tomando los aspectos más favorables de una y otra norma. A esta construcción teórica se le denomina **combinación de leyes penales**.

¹ Villa Stein Javier. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed. Lima: Grijley, 2008: 112.

² Cfr. Roxin Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997: 140 – 141.

³ Hurtado José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª ed. Lima: Grijley, 2005: 150.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La cuestión planteada no constituye un mero ejercicio intelectual o teórico. Sus implicancias van más allá de la discusión doctrinaria sobre la sucesión de leyes penales en el tiempo. Se ha convertido en un **debate jurisprudencial**, a partir de un **Acuerdo Plenario** adoptado – **en mayoría** - por la Sala Plena en lo Penal de la Corte Suprema. En efecto, en Sala Plena de los señores Vocales Supremos en lo Penal, de fecha 13 de octubre de 2006⁴, la máxima instancia de justicia acordó por 10 votos contra 4, lo siguiente:

- a) Establecer como **doctrina legal**, respecto al principio de **combinación de leyes**, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una u otra ley, siempre que sea más favorable al reo”;
- b) Precisar que los principios jurisprudenciales antes mencionados **constituyen precedentes vinculantes** para los magistrados de todas las instancias judiciales, y
- c) “... que en todo caso, las **Ejecutorias Supremas** dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, **quedan modificadas** conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario”.

⁴ Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias- Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116.

Las cuestiones que han sido materia de la decisión adoptada suscitan las siguientes interrogantes:

- a) ¿Puede admitirse la posibilidad que **dos leyes** sean **interpretadas como dos fracciones** susceptibles de unificarse en otra unidad?
- b) ¿**Dos normas** penales pueden ser **aplicadas** tomando sus **aspectos más favorables**?
- c) Considerando a) y b) ¿La aplicación de una ley combinada es **compatible con principios** como los de legalidad; separación de poderes, o seguridad jurídica?
- d) ¿Una interpretación que implique la aplicación combinada de leyes penales **puede vincular**, sin lugar a apartamiento, a los magistrados de todas las instancias penales?

En la presente investigación abordaremos los problemas formales que dicha decisión plenaria plantea, con relación a su naturaleza jurídica, fuerza vinculante, aplicabilidad e impacto. Así mismo, evaluaremos desde una perspectiva histórica, semántica, comparada, lógica, sistemática y teleológica, la afirmación o negación de las preguntas antes formuladas.

3. PROBLEMAS FORMALES DEL ACUERDO PLENARIO

3.1. ¿Sentencia Plenaria o Precedente Vinculante?

El primer problema formal que plantea el presente **Acuerdo Plenario** (en adelante el Acuerdo) es la determinación de su **naturaleza jurídica**. Con ello aludimos a la cuestión del tipo de decisión adoptada. La cuestión no es baladí porque tiene incidencia en:

- a) La fijación de los **objetivos** de la decisión;
- b) El grado de **obligatoriedad** del acuerdo, y
- c) La **consecuencia jurídica** y disciplinaria o penal de su inobservancia⁵.

Para responder a la primera cuestión debe partirse por señalar que el Acuerdo Plenario se adoptó en el **marco** de la facultad que tienen los integrantes de las **Salas Especializadas de la Corte Suprema**, para reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, a fin de **concordar jurisprudencia de la especialidad** (116° L.O.P.J.). La convocatoria, en efecto, comprendió únicamente a los Magistrados Supremos, integrantes de las Salas Penales. Además, la forma que adoptó la reunión respondió a la de un Pleno conformado por las Salas en su conjunto. Finalmente, el objeto de discusión estuvo centrado en dos consultas elevadas a la Corte Suprema sobre un tema especializado: la aplicación de leyes penales en el tiempo.

En este sentido, queda claro tanto por la forma de la convocatoria, como por el objetivo de la reunión plenaria, que éste fue el marco normativo aplicado. Esta facultad es a su vez complementada, conforme el Acuerdo, por una publicación que fija un **principio jurisprudencial**⁶ de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales (22° L.O.P.J.).

Sin embargo, la aplicación de ambas normas genera la **incertidumbre** de si en el presente caso es igualmente aplicable **el procedimiento para**

⁵ Sobre el contenido de estos aspectos cfr.: San Martín, César. La Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. El ámbito Penal; en: Precedentes Vinculantes en Materia Penal. Lima: Reforma, 2008: 11-16.

⁶ Con el término principio jurisprudencial se alude a lo que impropiaemente se denomina "doctrina legal". Cfr. Paredes Jelió, José. La predictibilidad jurídica y el precedente. Lima: San Marcos, 2008: 25.

establecer precedentes vinculantes o sentencias plenarias⁷, previsto en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. En el precitado artículo se señala con relación a los **precedentes vinculantes** que:

“Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante, cuando así lo expresen las mismas...”.

Por otro lado, se establece en el numeral dos del citado artículo, respecto a las **sentencias plenarias**, lo siguiente:

“Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo – en relación a los ámbitos referidos de su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta”.

3.2. Determinación de la naturaleza jurídica

La respuesta a la interrogante planteada debe partir de la premisa que, en efecto, el objeto de la decisión había sido materia de **criterios discrepantes** sobre la aceptación del principio de combinación de leyes⁸. Aun cuando, el Pleno Jurisdiccional tomó como referencia dos Ejecutorias

⁷ Sobre el concepto de sentencia normativa: Paredes Jelio. Ibid: 25.

⁸ Cfr. Hurtado José. Ibid.: 302-305. También: La Determinación de la Ley Penal más favorable en el tiempo. Jurisprudencia penal comentada. En Actualidad Jurídica. Tomo 142. Setiembre, 2005: 108-112. En este sentido, a favor del principio de combinación de leyes, por mayoría: Consulta 19-2004; Sala penal Permanente, del 03.08.2004.

Supremas (Ns. 69-2005 y 110-2005) que aceptaban el principio de combinación de normas, no podía soslayarse la existencia de una posición contraria que también fue expresada en Ejecutorias Supremas anteriores⁹.

Por otra parte, la decisión se expresó formalmente en un **acuerdo adoptado por un Pleno Penal de la Corte Suprema**, y no por una Sala determinada (sentencia normativa – 301 A, primer párrafo). Resulta sin embargo discutible aceptar que dicho acuerdo puede ser designado bajo el rótulo de sentencia (plenaria), si se considera que una sentencia implica un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, con relación a un caso concreto.

Al parecer, esta no es la acepción que se pretendió dar a tal decisión. El término alude en realidad a la sentencia (del latín *sententia*), entendida como un *“Dictamen o parecer que alguien tiene o sigue, o al dicho grave y sucinto que encierra doctrina o moralidad”*¹⁰. En otras palabras, la decisión que adopta un Pleno Jurisdiccional para zanjar una cuestión controvertida, expresa finalmente una postura que **consagra una doctrina jurisprudencial**, pero no relacionada con un caso específico, sino con un criterio general y aplicable a futuro, por los órganos jurisdiccionales.

3.3. Fuerza vinculante del Acuerdo

En el Acuerdo no se invoca expresamente la aplicación del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. Tal omisión genera igualmente la duda sobre la **obligatoriedad formal del acuerdo**. Pues si se asume que la “sentencia vinculante” se sustenta en el artículo 22° de la Ley Orgánica del

⁹ Cfr. Ejecutoria N° 2578-2005-Lima; Sala Penal Permanente; del 16.04.2006.

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua: vigésima segunda edición; en www.rae.es/drae.

Poder Judicial, nos encontramos ante “una suerte de vinculación u obligatoriedad relativa, en cuya virtud los Magistrados pueden apartarse, por excepción, a condición que motiven adecuadamente la razón de su discrepancia”¹¹. Por el contrario, si la decisión se encuadra en la norma procesal señalada, la vinculación u obligatoriedad es absoluta, sin posibilidad de inaplicación por los Magistrados de todas las instancias¹². En este caso, el carácter obligatorio del precedente proviene de la propia ley¹³.

Tres razones nos llevan a asumir el **relativo efecto vinculante** del Acuerdo. Primero, en la decisión mayoritaria no se menciona dicho artículo. Dado el caso, los Magistrados de todas las instancias tienen igualmente la posibilidad de guiar sus actos procesales en base a criterios de predictibilidad y certeza, respecto de las decisiones adoptadas por el máximo órgano de justicia penal. En consecuencia, al no haberse invocado una norma más restrictiva de la discrecionalidad de los Magistrados, queda la posibilidad de desvinculación regulada en el artículo 22° de Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴.

Segundo, el contenido de la propia decisión deja un **espacio a la discrecionalidad del Magistrado**, cuando se señala que se **puede** escoger lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo (párrafo 15)¹⁵. Una decisión estrictamente vinculante no deja margen alguno

¹¹ San Martín, César. Ibid.: 15.

¹² San Martín, César. Ibid.: 15.

¹³ Castillo Alva, José. El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano. En Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal. www.unifr.ch.: 37.

¹⁴ La mayoría de los Acuerdo Plenarios dejan a salvo, en su parte dispositiva, la excepción de apartamiento del art. 22°. Cfr. Precedentes vinculantes en materia penal. Lima. Reforma: 2008.

¹⁵ Otra sería la situación si se hubiera dicho, por ejemplo: “en caso de conflicto de leyes en el tiempo, debe escogerse lo más favorable al reo, de una u otra ley”.

de escogencia al destinatario de la decisión; le señala claramente la obligatoriedad de la decisión.

Finalmente, aun cuando no sea una razón formal, la decisión adoptada no revela una postura consensuada de los miembros de la Sala Plena. Desde la perspectiva de la fuerza normativa de la decisión, este Acuerdo evidenció, a diferencia de los demás Acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales de la Corte Suprema, la **falta de consenso en la decisión plenaria**.

3.4. Problemas aplicativos de la decisión

La decisión adoptada no delimita **el ámbito de aplicación** del principio de combinación. En el Acuerdo sólo se mencionan los argumentos que abonan a favor de una aplicación combinada de normas penales, pero no se precisan qué ámbitos normativos son los susceptibles de esta “interpretación integradora”. De ahí que el destinatario de la decisión desconoce si los ámbitos normativos combinables comprenden normas generales y especiales; sólo normas generales; o sólo normas especiales.

La incertidumbre aplicativa se acentúa cuando en el Acuerdo menciona que la **combinación recae sobre “leyes”**. Con este término se puede estar aludiendo a una estructura lógico formal que abarca diversas disposiciones (artículos). O por el contrario se puede considerar restrictivamente que se refiere a un supuesto normativo específico. Además, en uno u otro caso, resta por dilucidar si los objetos de combinación deben ser supuestos equivalentes o similares.

Cuando se dice que, en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, se puede escoger lo más favorable, dicha amplitud se evidencia en la **imprecisión del significante “ley penal”**, como vehículo de expresión de

normas legales¹⁶. Con dicho término se puede aludir a lo que en doctrina se denomina el **“tipo de garantía”** (*Garantietatbestand*); vale decir, a toda previsión normativa que regule “el conjunto de presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de una pena. Abarca por tanto, la descripción normativa de la conducta, así como las características a la antijuricidad, culpabilidad y, en su caso, las condiciones objetivas de punibilidad, respectivamente”¹⁷. Así mismo, puede considerarse bajo este término a todo un **cuerpo normativo especial**; por ejemplo, “las diferentes normas legales dictadas para definir y establecer la pena del delito de terrorismo. En este caso, debería compararse cada uno de los decretos o leyes en su conjunto para fijar cuál es la ley más favorable”¹⁸. En realidad, el **ámbito de comparación** debe circunscribirse a lo que, en puridad, son las **normas penales (homogéneas)**; esto es, dispositivos legales compuestos cada uno por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, que regulan la misma institución penal.

En otro sentido, el Acuerdo se limita únicamente a consagrar el principio general de combinación favorable de la ley penal, pero **no señala los criterios para establecer “lo más favorable”** (omisión del procedimiento). No se trata, como señala acertadamente Hurtado Pozo, de hacer una comparación abstracta de leyes; esto es, de comparar no sólo la severidad de las penas, sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición¹⁹. Al respecto, sostiene Zaffaroni que la favorabilidad puede comprender causas de justificación; causas de

¹⁶ Mir Puig Santiago. Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Barcelona 1996: 26-27.

¹⁷ Quintero Olivares, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2a ed. Navarra: Aranzadi, 2000: 299.

¹⁸ Hurtado José. Ibid: 304.

¹⁹ Hurtado José. Ibid. 301.

inculpabilidad; circunstancias que impidan la operatividad de la penalidad; atenuación de los plazos de prescripción; distinta clase de pena; nueva modalidad de ejecución, o cumplimiento parcial de la misma²⁰. De este modo, se abre una gama de posibilidades, determinables por el particular entender del intérprete. Incertidumbre que se acentúa por el hecho que ésta es una tarea privativa del juez, a diferencia de lo que prevé la legislación española, que permite la intervención del procesado en la determinación de lo favorable²¹.

No es posible determinar lo más favorable en abstracto, por la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración²². Por tanto, el intérprete debe determinar, en función de las condiciones de cada caso concreto, lo más favorable de cada ley. En este sentido plantean Maurach y Zipf que la ley más favorable es aquella que deje al autor en el caso concreto, desde un punto de vista jurídico material, en mejor situación²³. Situación que debe dilucidar el juzgador, pues el Acuerdo Plenario no señala los supuestos que son susceptibles de combinación.

En síntesis, al hacerse depender la determinación de los aspectos favorables, de la concepción particular de quien lo aplica, se genera una situación complicada en caso de comparación de condiciones de punibilidad; circunstancias de atenuación o agravación o penas únicas o acumulativas. Debe reconocerse que siempre existirá el riesgo de un **sesgo valorativo** por parte del **juez**, quien a su buen entender considerará que determinados

²⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: Ediciones jurídicas; Lima 1990: p. 179.

²¹ Art. 2.2. CPE: "...en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo".

²² Zaffaroni. Ibid. p. 179.

²³ Maurach Reinhart - Zipf, Heinz: Derecho Penal Parte General: Ed.. Astrea. Trad, 7ma. Edic. Bs. As. 1994: 201.

aspectos son más favorables para el reo y que puede no coincidir con los criterios de otro juzgador o del propio reo.

3.5. Impacto de la decisión

No obstante lo antes señalado podemos deducir hipotéticamente los **supuestos teóricos de combinación**; esto es, una ley penal que:

- a) Establezca un **tipo básico** más favorable con otra ley penal cuya **penalidad** también lo sea.
- b) **No establezca una circunstancia agravante**, con otra que prevea una **pena más favorable** en la circunstancia agravada.
- c) Prevea un **tipo básico o agravado** más favorable con otra ley que regule **condiciones de punibilidad** más favorables.
- d) Regule una **institución de la parte general** más favorable, con otra ley penal que no tenga esta connotación.

Sin embargo, la **tendencia jurisprudencial** sólo se ha expresado en este último supuesto y vinculado a la determinación del plazo de prescripción; esto es, que la ley anterior (CP 1924) sea más favorable en el cómputo del plazo de prescripción en función del tipo de pena, aun cuando admita la dúplica del plazo, en tanto que la ley posterior (CP 1991) haya sido más favorable al no admitirla.

3.6. ¿Efecto retroactivo del Acuerdo Plenario?

En uno de los aspectos Resolutivos del Acuerdo, se menciona que las *“Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario”*. La cuestión que se plantea es si este dispositivo jurisprudencial tiene **implicancia** con la modificación de la **autoridad de**

cosa juzgada de las Ejecutorias dictadas anteriormente. De ser negativa la respuesta, sería de preguntarse el efecto práctico de la modificación de las Ejecutorias anteriores “en cuanto a la doctrina legal que consignaron”.

El alcance de la modificación consignada en el **Acuerdo no pone en principio en cuestión la autoridad de la cosa juzgada**. La Corte Suprema ha establecido, con fecha posterior al Acuerdo materia de análisis, que una vez emitida una sentencia firme, ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables – previstos en el inciso 11 del artículo 139° de la Constitución. Pero en este caso, la excepción para la alteración o modificación de sentencias están referidas a modificaciones normativas²⁴. Como plantea Zaffaroni es ocioso señalar que de la retroactividad benigna de que se trata es de la ley más benigna, no de la jurisprudencia más benigna, aunque fuere jurisprudencia plenaria. En cuanto a ésta se debe entender que es en general es orientadora y su obligatoriedad discutible²⁵

En el mismo sentido, la Corte Suprema vuelve a puntualizar en una Ejecutoria hecha vinculante, mediante el **Acuerdo N° 1-2007** que “la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, y que un cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo porque, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida”²⁶.

Esta postura es primigeniamente asumida, salvo una excepción, por los Vocales Supremos que votaron en minoría en el Acuerdo Plenario, objeto

²⁴ Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, del 16.11.2007.

²⁵ Zaffaroni. Ibid. p.178.

²⁶ R.N. N° 1920-2006-Piura, del 06.08.06, tercer considerando vinculante.

de análisis. Desde esta perspectiva, es coherente con la posición minoritaria sostener **que la voluntad del juzgador no podría modificar la voluntad del legislador**, estando a la reserva absoluta de la ley penal. En consecuencia, los fallos que han adquirido la autoridad de cosa juzgada no podrían ser modificados ni alterados en ninguno de sus alcances. Ello comprende tanto la parte valorativa como la decisoria del fallo declarado firme.

Criterio que sin embargo **no fue asumido íntegramente en el Acuerdo Plenario N° 2-2006**, que acepta la combinación de leyes. Ello porque se considera que las Ejecutorias Supremas “dictadas con anterioridad” quedan modificadas. La modificación ciertamente no incide en la parte resolutive de las mismas, si no “en los términos del presente Acuerdo Plenario”. Lo que se modifica, de acuerdo a lo expresado en el Acuerdo, es la “doctrina legal que consignaron” – se entiende en las Ejecutorias Supremas modificadas.

Ahora bien, la “doctrina legal” sustituida por “los términos” del Acuerdo sólo podría alcanzar la parte considerativa de la Ejecutoria. Por lo menos, no existen mayores elementos que nos lleve a la temeraria conclusión que el Acuerdo pretenda modificar los efectos decisivos de las Ejecutorias dictadas con anterioridad. Más aún, si se considera que la única posibilidad legal excepcional de modificar un fallo firme, es la acción de revisión. Si esto es así, este extremo del Acuerdo introduce una incongruencia: la doctrina legal sustituyente no es coherente con la inmutabilidad de la resolución, pues no en todas las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad se aceptó la posibilidad de combinar leyes. Por lo demás, el **efecto de la sustitución** doctrinaria del Acuerdo, en las Ejecutorias anteriores sólo tiene un efecto **simbólico** de dudosa existencia jurídica.

En resumen, son **limitados los alcances de aplicación** del Acuerdo Plenario. La forma en la que fue aprobado; la falta de consenso en su aprobación; su implicancia con la autoridad de la cosa juzgada, y los restringidos efectos prácticos de la consagración de la aplicación combinada de leyes, debilita su legitimidad como “doctrina legal” consolidada. La debilidad doctrinaria de sus alcances se acrecienta aún más si la sometemos al siguiente ejercicio hermenéutico.

4. INTERPRETACIÓN Y COMBINACIÓN DE LEYES

4.1. Antecedentes históricos

En el **Código de 1924** se regulaba la aplicación de la ley más favorable al reo, cuando se producían “...modificaciones de la ley penal posteriores a la perpetración del hecho punible” (art. 7º). Igualmente “Las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena” limitaban la pena conforme a la ley más favorable (art. 8º).

No obstante, el **expositor de motivos** del Código derogado no planteó expresamente la cuestión de la combinación de leyes penales. Implícitamente podía colegirse que cuando fundamenta el alcance de lo que llamaba “retroactividad benigna”, asumía el principio de “unidad de la ley penal”. Esto se puede colegir del contenido mismo de la explicación sobre la retroactividad. Cuando se señala que “la nueva ley rige de preferencia a la antigua a favor del delincuente”, lo que está expresando que la “nueva ley” es tomada como una unidad. Afirmación que es ratificada cuando se refiere que “Después del fallo la nueva ley limita la pena o la suspende

definitivamente”²⁷. No se expresa qué parte de la nueva ley se aplica en combinación con parte de la antigua.

En la **Constitución de 1933** no se menciona el principio de favorabilidad. Es recién con la **Constitución de 1979** que se consagra como 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” (art. 233.7).

Ahora bien, pese a la amplitud del sentido gramatical expresado en el texto constitucional del 79, en los primeros proyectos de Código Penal se asumió una postura contraria a la combinación de leyes. Así, en el **Proyecto de setiembre de 1984** se señalaba que “Las modificaciones de la ley posteriores a la perpetración del hecho punible, se aplicarán en la sentencia si fueren más benignas que las disposiciones anteriores” (art. 12^o)²⁸. Dicha postura se expresa claramente en los **Proyectos de agosto de 1985 y Marzo de 1986**²⁹, cuando se establece que “No se puede recurrir a leyes de diversa época para lograr, con su aplicación conjunta, una regla más favorable” (art. 5^o, segundo párrafo).

Este criterio restrictivo fue descartado en los sucesivos **proyectos de Código Penal 1989 y 1990**, en los que se señaló que “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará **lo más favorable al reo** en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” (art. 11^o). Paradójicamente, en el **Proyecto de enero de**

²⁷ Exposición de Motivos del Código Penal de 1924.

²⁸ El Anteproyecto de octubre de 1984 no preveía norma alguna al respecto.

²⁹ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 19 de agosto de 1985.

1991, se arriba a la redacción del Código vigente, pero conservando en la Exposición de Motivos la posibilidad de aplicar de manera combinada leyes penales.

En efecto, esta contradicción se consagra con la promulgación del **Código vigente**, pues se señala por un lado en el artículo 6º que: “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”, y se explica, por otro lado, que “En acatamiento del artículo 233º inciso 7 de la Constitución Política se prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”, sustituyéndose de esta manera “el principio de la unidad de ley aplicable...por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas”³⁰.

La incongruencia referida se supera con la Constitución de 1993, cuando se ratifica como principio de la función jurisdiccional “la aplicación de ‘la ley’ más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales” (art. 139.11), y se establece que “Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. (art. 103º). La mención genérica a “la ley” es incluso mantenida con la modificación de dicho artículo, mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 28389.

El seguimiento entonces de la **evolución histórica** de la aplicación favorable de la ley penal en el tiempo, nos permite colegir **dos conclusiones** preliminares:

³⁰ Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

- a) La aplicación combinada de leyes penales no forma parte de nuestra **tradicón legislativa**, con la salvedad ciertamente imperativa – pero ya derogada - de la Constitución de 1979.
- b) Una **interpretación** adecuada, **progresiva** y consecuente del texto constitucional derogado, quedaría desfasada con el nuevo texto constitucional en la materia, de fecha posterior al Código vigente.

4.2. Diferencias gramaticales

Cuando el expositor de motivos del Código vigente aludía al acatamiento de lo dispuesto por la Constitución derogada, se estaba aparentemente refiriendo a que el **artículo neutro “lo”** se aplicaba en su función gramatical de acompañamiento a un adjetivo determinativo (lo uno y lo otro más favorable). No estaba aludiendo de manera excluyente a una ley penal, en desmedro de otra. De esta manera se extendía el ámbito de determinación a aspectos parciales e indistintos de dos objetos de comparación; en este caso, de dos leyes penales en conflicto.

No obstante, el sentido gramatical del texto constitucional varía cuando dicho artículo neutro es reemplazado por el **artículo determinado “la”**, que restringe el ámbito de aplicación a sólo un objeto de comparación (la ley más favorable), con lo que el intérprete, en estricta aplicación de la regla gramatical, deberá elegir entre dos leyes penales, aquélla que en su integridad la adjective como más favorable.

Ciertamente, el argumento lingüístico constituye un punto de referencia importante pero insuficiente y no siempre considerado por el intérprete. En este sentido, en el Acuerdo Plenario se omite evaluar este

aspecto, asumiendo tal vez que el texto del artículo 6° es claro y que su sentido se autosatisface con una **concepción subjetiva de la interpretación**. Así, se señala en esta perspectiva que “el legislador ha consagrado el principio de combinación en la Exposición de Motivos del Código Penal...”³¹. Esta afirmación consagratoria es una forma de atribuirle un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando –para lograr su aceptación- la autoridad del legislador”³².

4.3. Legislación comparada

El reconocimiento de la ley (norma) penal como una unidad o estructura lógica, aun en casos de favorabilidad, es igualmente comprobada en la legislación comparada.

Así, en la **Convención Americana de Derechos Humanos** y el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** se establece, con idéntico tenor, que “Si con posterioridad a la comisión del delito ‘la ley’ dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”³³.

En el mismo sentido, aun cuando con menor claridad, en el **Estatuto de la Corte Penal Internacional** se establece que “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva,

³¹ Párrafo 13 del Acuerdo Plenario. Al margen de lo inaprehensible de la noción abstracta de la “voluntad del legislador”, en cuerpos colegiados como el Congreso, resulta dudoso que esta voluntad se haya expresado en la exposición de motivos, que fuera preparada por los especialistas que conformaron la Comisión Revisora.

³² Hurtado José. Ibid.: 198.

³³ Art. 9 del CADH y art. 15.1 del PIDCP.

se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena” (art 24.2). La falta de contundencia en la exclusión del principio de combinación se explica por el uso único del término “*le droit*” en la versión francesa del Estatuto y que, en la versión española alude primero a la “modificación del derecho aplicable” y, luego, a “las disposiciones más favorables”. Como fuera, en ambas versiones siempre aparece el artículo determinado que engloba al sustantivo (normativo) como unidad.

En la legislación comparada occidental se ratifica la misma tendencia. Al respecto, en el **Código Penal Alemán** en su numeral 2.3 se establece:

*“Si la ley vigente durante la consumación del hecho es modificada antes del fallo, debe aplicarse la ley más benigna”*³⁴.

En el artículo 112-1 del **Código Penal Francés** se señala que excepcionalmente:

*“Las nuevas disposiciones se aplican a las infracciones cometidas antes de su vigencia y que no hayan sido objeto de condena firme, cuando sean menos severas que las disposiciones anteriores”*³⁵.

Por su parte, en el **Código Penal Portugués** se prevé que:

“cuando las disposiciones penales vigentes al momento de la realización del hecho punible fueran diferentes a las establecidas en leyes

³⁴ “§ 2 Zeitliche Geltung (...): Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden”.

³⁵ “Article 112-1: ...les dispositions nouvelles s’appliquent aux infractions commises avant leur vigueur et n’ayant pas donné lieu à une condamnation en force de chose jugée lorsqu’elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».

*posteriores es siempre aplicable el régimen que concretamente es más favorable al agente...*³⁶.

En el **Código Penal Italiano** se señala lo siguiente: *“Si la ley vigente al momento de cometido el delito y la posterior es diferente, se aplica la disposición más favorable al reo...”* (art. 2º).

En **latinoamérica**, el panorama legislativo no es muy diferente. Se reconoce con matices de redacción, que no inciden en la cuestión de fondo, que en caso de sucesión de leyes se aplica la ley más benigna al reo.

Así, se deduce el carácter unitario de la aplicación favorable con expresiones como: “la (ley) más benigna” (Argentina: art. 2º; Puerto Rico: art. 8.b); “la (nueva) ley más favorable” (Cuba: art. 3º; Panamá: art. 13º; Costa Rica: art. 13º); “efecto retroactivo de las leyes penales” (España: art. 2º; Honduras: art. 9º); “las leyes...que sean favorables” (Ecuador; art. 2º); “La ley permisiva o favorable ... se aplicará” (Colombia: art. 6º); “La ley posterior que de cualquier modo favorece al agente...” (Brasil: art. 2º).

4.4. Jurisprudencia y favorabilidad

a. Tribunal Constitucional

La justicia constitucional **no ha sido muy prolífica y explícita** en la determinación de aplicación unitaria o combinada de normas penales. La postura asumida por este Tribunal se ha centrado más en definir los alcances aplicativos del principio de retroactividad benigna de la ley penal,

³⁶ “Artigo 2º: 4. Quando as disposiçoes penais vigentes no momento da prática do facto punible forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorable ao agente...”.

restringiendo su ámbito de aplicación a la ley penal material, en desmedro de la ley procesal o penitenciaria, considerada como una norma adjetiva³⁷.

Pero, con relación al objeto de discusión, el Tribunal parte de la idea central que esta forma de justicia tiene por finalidad esencial la **defensa de los derechos fundamentales**. En este sentido, estima el Tribunal Constitucional que su labor no radica en establecer el mejor método de interpretación que “desde el texto de las normas legales puede hacerse de las instituciones legales y, desde luego, tampoco tiene como fin el cautelar la observancia de los precedentes vinculantes que a tal efecto haya emitido la justicia ordinaria”³⁸.

De este modo, el Tribunal Constitucional toma distancia en la discusión sobre las dos posturas doctrinarias en debate. Centra únicamente su actividad en determinar “si en el presente caso la aplicación del principio de unidad de la ley penal resulta vulneratorio (*sic*) del principio de favorabilidad”³⁹. Este examen parte del reconocimiento que, constitucionalmente, el **principio de legalidad** tiene como primera consecuencia, la aplicación de la norma vigente al momento de la comisión de la infracción penal. Luego, que todas aquéllas normas que entren en vigencia con posterioridad a la comisión de la infracción son aplicables – mediante aplicación retroactiva – “en cuanto resulten más favorables para el procesado que las vigentes al momento de la comisión de la infracción”⁴⁰.

³⁷ Exp. N° 1593-2003-HC/TC; Caso Dionicio LLajaruna; del 30.01.2004.

³⁸ Exp. N° 01955-2008-HC/TC; Caso Gonzáles Barberena; del 26.11.2008.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 2.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 6.

Implícitamente, el Tribunal Constitucional asume, sin hacer un razonamiento expreso, el **principio de aplicación unitaria** de la ley penal. En este sentido, concluye señalando “que siendo la favorabilidad en materia penal el resultado de aplicar, por un lado, la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, y si resultase más favorable, de manera retroactiva las normas que con posterioridad al hecho delictivo hubieran entrado en vigencia, ello no resulta contrario a considerar, en la comparación de diversas normas, a cada una de ellas como una unidad”⁴¹.

En conclusión, el máximo intérprete de la Constitución, sin tomar partido expresamente por una posición, asume que la aplicación de la teoría de la unidad de la ley penal no resulta violatoria del principio de favorabilidad, reconocido constitucionalmente.

b. Jurisprudencia comparada

En la jurisprudencia comparada, no existe una posición uniforme o claramente favorable hacia una u otra postura. El **Tribunal Supremo de Justicia Venezuela**, por ejemplo, se decanta por rechazar la aplicación combinada o conjuntiva de leyes penales. Para ello, invoca como argumento central la imposibilidad que el intérprete (juez) asuma funciones reservadas al Poder Legislativo⁴².

Por el contrario, la **Corte Suprema de Justicia de Colombia** ha señalado que “el fenómeno conocido con el nombre de conjugación, conjunción o combinación de disposiciones, igualmente llamado *lex tertia*, tiene cabida en nuestro medio. Por tanto, frente a la sucesión de leyes en el tiempo es perfectamente posible tomar de una norma lo favorable y desechar

⁴¹ Ibid.: párrafo 10.

⁴² Tribunal Supremo de Justicia; Exp. 1826-05; del 10.12.2006.

lo odioso, así como tomar de la otra u otras lo benigno y dejar de lado lo desfavorable”⁴³.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** no se ha pronunciado expresamente en torno al problema planteado. En la jurisprudencia generada por este organismo internacional, el control que ha ejercido para garantizar la eficacia de la **Convención Americana de Derechos Humanos** ha incidido más en la vigencia del principio de la legalidad y retroactividad⁴⁴.

En efecto, cuando la Corte Interamericana se pronunció sobre el caso **Castillo Petruzzi** contra el Perú, señaló que el principio de legalidad es la piedra basal del estado de derecho y el principio estructural del derecho penal⁴⁵. La Corte deriva una serie de principios vinculados a los principios de certeza y seguridad jurídica. Entre ellas, considera a la irretroactividad y la prohibición de la retroactividad desfavorable. Con ello, sienta implícitamente posición respecto a la admisibilidad de la retroactividad favorable al delincuente. Y no podría ser de otra manera, pues la propia Convención Americana, reconoce esta posibilidad.

El **alcance del artículo 9° de la Convención**, en el ámbito de la favorabilidad, se restringe al caso de la previsión de una pena más leve; situación que es descrita con la frase: “la ley” que dispone una pena más leve. Con ello, no deja espacio alguno a la admisibilidad que la determinación de la pena más leve se haga combinando leyes.

⁴³ Colombia: Sala de casación Penal; Proceso N° 19445; del 06.10.2004.

⁴⁴ Artículo 9°: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito, la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello.

⁴⁵ CIDH: Caso Castillo Petruzzi; sentencia del 30.05.99; párrafo 114.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la vigencia de la irretroactividad desfavorable, en el caso **De La Cruz Flores** contra el Perú. En esta ocasión, la Corte se pronunció con relación a la ‘garantía de la seguridad jurídica que está implícita en la certeza de la descripción de las conductas típicas. En este sentido, la Corte señaló que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto...Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma jurídica⁴⁶. El argumento comunicacional esgrimido por la Corte no es desarrollado en la línea del problema planteado. Sin embargo, servirá de base para desarrollar un argumento teleológico a favor de aplicación unitaria de la ley penal⁴⁷.

Curiosamente, la Corte Interamericana había desarrollado tal línea argumentativa, respecto al fundamento de la irretroactividad desfavorable, a partir de un caso de derecho administrativo sancionatorio⁴⁸, en el que se establece que las sanciones administrativas son expresión igualmente del poder punitivo del Estado, por lo que en un sistema democrático se deben extremar las precauciones para dichas medidas se adopten previa cuidadosa verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita; ello en aras de la seguridad jurídica aplicable tanto al ámbito administrativo como al penal.

⁴⁶ CIDH: Caso De la Cruz Flores; Sentencia del 18.11.2004; párrafo 104.

⁴⁷ Cfr. Infra 4.6.

⁴⁸ CIDH: Caso Baena Ricardo; Sentencia del 02.02.2001.

Esta línea jurisprudencial había sido desarrollada por la Corte, a partir de la experiencia adquirida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que le sirviera de referentes⁴⁹

No obstante, el ámbito de la discusión, a nivel europeo, se ha circunscrito más al sentido de la protección desde el principio de legalidad y su vinculación con las normas constitucionales. Al respecto, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, cuando interpreta el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señala que este dispositivo sólo prohíbe la retroactividad de las leyes penales, sin especificar si estas deben ser desfavorables, o si también se prohíbe la retroactividad de las favorables. Mediante interpretación, asume el Tribunal Europeo que la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley sólo se aplica “en detrimento del acusado”⁵⁰. Posteriormente, el Tribunal Europeo va precisando el sentido de su interpretación, cuando invoca no sólo el principio de prohibición de la aplicación retroactiva en detrimento del acusado, sino que argumenta adicionalmente que si hubo aplicación de la ley posterior más favorable no se viola el artículo 7.1 de la Convención⁵¹.

La prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal en desmedro del acusado, deja abierta a la interpretación, si su contraparte (la aplicación retroactiva benigna) debe hacerse como una unidad o admite la conjunción o aplicación combinada.

⁴⁹ Específicamente, el caso Ezelin; sentencia del 26.04.1991, y el caso Muller; sentencia del 24.05.1988.

⁵⁰ Sentencia TEDH, del 25.05.1993; Caso Kokkinakis contra Grecia; párrafo 52. Del mismo modo: Sentencia TEDH, del 22.11.1995; Caso S. W. contra Reino Unido; párrafo 35. Sentencia TEDH, del 22.11.1995; Caso C. R. contra Reino Unido; párrafo 32.

⁵¹ Sentencia TEDH, del 27.09.1995; Caso G. contra Francia; párrafos 24, 26 y 27.

4.5. Implicancias sistemáticas

El artículo 6° del Código vigente, como toda norma jurídica, se engarza dentro de un contexto; vale decir, su posible sentido interpretativo debe tener en cuenta el **ordenamiento jurídico en general**, y sobre todo el contexto constitucional, cuyo contenido puede variar, aunque con mayor rigidez.

En la sustentación por mayoría del Acuerdo Plenario, se invoca como argumento constitucional "el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución Política que establece la retroactividad de la Ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*" (considerando 6). Argumento que es reforzado con el parafraseo del artículo 139.11 del texto constitucional (considerando 7).

Sin embargo, las normas invocadas como premisas legales por la decisión mayoritaria, siendo sustancialmente lo mismo, tuvieron destino diferente. En el caso del **artículo 103**, éste fue modificado⁵². En tanto que el **artículo 139.11 sustituyó al artículo 233° de la Constitución de 1979**. En el primer caso, si bien la finalidad de la modificación estuvo dirigida a precisar o restringir –según como se le mire- el ámbito de aplicación del *favor rei* a lo estrictamente penal –material, mantuvo en su redacción el criterio de la retroactividad penal de la ley y no de un segmento de ella.

Ahora bien, las modificaciones operadas tienen **tres implicancias sistemáticas** para una interpretación progresiva y adecuada a la Constitución del artículo 6° del Código Penal:

⁵² La modificatoria se dio como dijimos mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, del 17 de diciembre del 2004, aun cuando no modifica el criterio del favor rei, para la aplicación retroactiva de la ley penal.

a) Se trata de **modificaciones gramaticales** que inciden en el sentido esencial de lo que se preveía en la Constitución del 79, conforme ya explicamos en el acápite 3.2;

b) La **modificación** de las dos normas constitucionales es **posterior** a la entrada en vigencia de la norma penal;

c) La **norma constitucional** conforme a sus alcances **debe prevalecer** sobre la norma penal.

4.5. Interpretación (des)integradora: *lex tertia*

A pesar de los argumentos ya señalados anteriormente, la doctrina minoritaria, que admite el principio de combinación, ha recurrido al criterio de la **interpretación integradora**. Al respecto, se señala que se trata de la **integración de los aspectos favorables de dos leyes, excluyendo con ello una creación por analogía**, por el intérprete, de una tercera ley. En este sentido, Bustos Ramírez sostiene que no hay razones de fondo para oponerse a la combinación de leyes penales, pues existen “las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de la *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa (*sic*) a favor del reo perfectamente posible”⁵³.

Con matices Villavicencio se alinea en esta posición señalando que “no siempre se trata de *lex tertia* sino de una interpretación integrativa (*sic*) favorable al procesado”⁵⁴. La admite parcialmente cuando se trata de “leyes

⁵³ Bustos Juan. Derecho Penal. Parte General. Obras completas. Tomo I. Lima: ARA, 2004: 600.

⁵⁴ Villavicencio Terreros, Felipe: Derecho Penal. Parte General. Grijley Lima 200;, p.182..

simples” pues no presentan mayores dificultades para efectuar la comparación entre ellas; pero señala que “es muy diferente cuando se confrontan leyes complejas (ejemplo: Códigos Penales) en las que existe la posibilidad de que el sujeto se beneficie con instituciones penales que sean tomadas de manera íntegra para aplicarlas al caso particular (ejemplo: Hurto del Código Penal anterior y el sistema de prescripción del nuevo Código Penal. Efectivamente se trata de una reducción teleológica del texto. Debe tratarse de leyes complejas divisibles que permitan aplicar lo más favorable de cada una de ellas y posibiliten la ultra o retroactividad de la ley en conjunto, por el contrario las leyes complejas indivisibles no permiten tomar estos aspectos parciales pues en este supuesto si se estaría creando una tercera ley⁵⁵.

En el mismo sentido, aunque sin desarrollar la idea, en el **Acuerdo Plenario** se aduce que con la aceptación del principio de combinación “no se está creando una tercera Ley o *lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad” (considerando vinculante 12).

Ahora bien, **la fusión de dos leyes penales no puede ser equiparada** a la integración de las normas incompletas o en blanco. En el caso de las **normas incompletas**, nos encontramos ante “...normas penales cuya estructura, gramaticalmente acabada, no contiene supuesto de hecho y consecuencias jurídicas por estar destinadas a concretar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica o restringir el ámbito de aplicación de otra norma”⁵⁶.

⁵⁵ Villavicencio; *ibid.*; p. 183.

⁵⁶ Villa Stein. *Ibid.*: 113.

En este caso, estamos ante normas penales que requieren para la comprensión de su sentido de una aclaración, restricción o remisión. Se trata por tanto de normas que requieren ser integradas en su contenido, por la propia estructura de la misma. La exigencia de integración puede deducirse de su propio contenido. En el caso de conflicto de dos normas penales en el tiempo, éstas son normas penales completas; presentan ambas el supuesto fáctico y su consecuencia jurídica. Lógicamente, éstas no requieren ser integradas, pues para su aplicación son autosuficientes.

Por otro lado, la **norma penal en blanco** es una especial forma de norma penal incompleta, en la que no se expresan cabalmente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que se remiten a otros preceptos, para que completen la determinación de aquellos elementos⁵⁷ (cfr. Cuadro adjunto). La exigencia de integración normativa es mayormente expresa. Por ejemplo, en el delito de comercialización ilegal de especies (art. 308º) es necesario remitirnos a otra norma para determinar qué especies son legalmente protegidas y caen por tanto dentro del ámbito de protección penal. Estas normas por su propia estructura, si admiten la posibilidad la aplicación retroactiva más favorable, en caso que una norma complementaria posterior sea más benigna para el reo⁵⁸ (ejemplo: la supresión de la condición de especie en extinción en un delito contra los recursos naturales).

Ciertamente, en los dos ejemplos presentados por Bustos es correcto señalar que se trata de una exigencia lógica de integración. En el caso de una **norma penal completa en conflicto temporal** con otra, no puede sostenerse lo mismo (cfr. Cuadro adjunto). En este caso, en realidad, no se

⁵⁷ Villa Stein. Ibid.: 114.

⁵⁸ Maurach –Zipf; ibid: 202.

produce una integración en el sentido estricto del término. Por el contrario, la fusión de dos normas penales para formar una tercera termina desintegrando las normas fusionadas; le quitan además su sentido lógico, derivado de su unidad estructural.

Ahora bien, para argumentar la tesis contraria a la integración no puede sostenerse que la fusión de dos aspectos parciales de normas en conflicto sea una aplicación por analogía⁵⁹. En la **integración de dos aspectos parciales de las normas** no se está incorporando un elemento normativo no previsto en la ley. Se está únicamente creando desde una perspectiva lógica una **tercera norma**⁶⁰, que resulta de fusionar aspectos parciales de dos unidades lógicas, cuyo contenido no coincide con los objetos de fusión (cfr. Cuadro adjunto).

4.6. Finalidad de la aplicación total de la norma

La necesidad de mantener integradas a las normas penales en su aplicación deriva de diversas **exigencias jurídicas y de política criminal**. Al respecto, la conservación de la unidad de la ley no restringe la aplicación del *favor rei* y mantiene incólume el principio de legalidad⁶¹. La aplicación retroactiva de la ley penal responde al imperativo de adecuar la aplicación de la norma, al **cambio de valoración del legislador**. Si destipifica una conducta, es evidente que los procesos e incluso las penas en ejecución queden sin efecto. Si introduce nuevas circunstancias atenuantes en una

⁵⁹ Caro John considera por el contrario que la analogía es una forma de integración ¿Combinación de leyes penales? En Anuario de Derecho Penal 2005: 343.

⁶⁰ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho penal, parte general, 6ª. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 146. En el mismo sentido: Zaffaroni Eugenio. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: EDIAR, 1987: 179, y Bacigalupo Z., Enrique, Manual de Derecho Penal, Bogota, Temis, 1996: 58.

⁶¹ Urquiza José. El principio de combinación en el nuevo Código Penal. En Revista Peruana de Ciencias Penales. Año I – Número I, 1993: 257.

determinada conducta o modifica los elementos típicos de una conducta, a favor del imputado, debe igualmente adecuarse el juicio de tipicidad, a la nueva valoración.

Pero en ambos casos, la reformulación del juicio de subsunción, hecha por el juzgador, está **predeterminada por el legislador**; responde a la modificación de un criterio de política criminal, concretado en una ley formal y que los jueces deben aplicar interpretándola. Al respecto advierte Roxin que "...parece adecuado tomar como base de una sanción penal, la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo u otras circunstancias especiales no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho"⁶². En esta línea sostiene que "ello responde a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de algunas leyes que han dejado de considerarse adecuadas"⁶³.

Esta afirmación se sustenta, desde otra perspectiva, en el hecho que la **aplicación retroactiva** de la ley penal más benigna **no se basa necesariamente en el principio de legalidad material**, que se satisface con que las leyes penales sean irretroactivas, sino tiene una connotación político criminal que consiste en considerar inadmisibles imponer o mantener una sanción penal por un hecho que ya no es más delito,

⁶² Roxin Claus: Ibid.: 166-167.

⁶³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Ibid.: 141

o una pena que no guarda relación con la menor gravedad que el legislador atribuye al delito por el que ha sido impuesta⁶⁴

Ahora bien, ambos procedimientos responden al criterio político de **distribución de roles dentro del Estado**. El legislador cumple su rol tipificando delitos, modificando su contenido o sus consecuencias, regulando las instituciones penales, o destipificando conductas. El juez adecua, mediante la interpretación, al caso concreto los alcances de la nueva decisión legislativa, pero en modo alguno está autorizado a tomar una parte de la valoración legislativa, para combinarla con la anterior valoración.

Esta división del trabajo debe continuar así, a pesar de que la delimitación entre **legislación y jurisdicción** se mueva en terreno poco firme y que el protagonismo de la ley se encuentre en crisis⁶⁵. Lo fundamental, a efectos penales, es redefinir la **racionalidad de la ley**, dotándola de contenidos más eficaces y aplicables por los jueces.

Por otro lado, la **norma penal** se expresa como un mandato de aplicación general y obligatoria. Su carácter vinculante y de aplicación general tiene eficacia, en la medida que pueda ser conocida y comprendida por sus destinatarios. Por tanto, su sentido fundamental es el de motivar comportamientos en los ciudadanos⁶⁶; cumple una **función de comunicación**. Como tal, la comprensión de su contenido sólo se puede entender de manera integral y de acuerdo a un contexto. Constituye por tanto una liberalidad sustituirse al destinatario de la norma primaria, asumiendo

⁶⁴Argentina: Sentencia de Casación 404; Caso Héctor Torea; del 08.11.2006.

⁶⁵ Diez Ripollés, José. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. En Revista de Ciencias Penales N° 15. Lima: IDEMSA, 2004155.

⁶⁶ Caro John José. ¿Combinación de leyes penales? En Anuario de Derecho Penal 2005: 341.

que esa función comunicativa se satisface con una aplicación parcial de normas; competencia de creación de leyes que no pertenece al juez⁶⁷.

Ello no significa que la prohibición de combinar leyes esté vinculada necesariamente a la salvaguarda de la garantía de vigencia de los derechos ciudadanos,⁶⁸ pues el exceso de poder del juzgador no tiene por finalidad el desfavorecer al justiciable; en realidad lo que se cuestiona es la **inobservancia de la norma secundaria** como mandato al propio juez que debe aplicar la norma sin desnaturalizarla.

Esta disociación de la norma resulta aún más disfuncional a los **fines preventivos de la pena**, toda vez que sólo puede obtenerse un fin útil si se aplica la norma como una unidad. Por ejemplo, si se aplicase una pena accesoria de una norma penal, dejando de aplicar una pena principal de la nueva norma, por entender que es más favorable, no deja de tener una incidencia negativa en la pérdida del efecto preventivo general o especial, perseguido con la nueva sanción⁶⁹. Si a ello se agrega que se aplique de manera combinada el supuesto de hecho más favorable de la anterior norma en desmedro del supuesto correspondiente de la nueva norma, no deja de desnaturalizarse el sentido de la nueva norma –entendida como una unidad– a cuyo supuesto de hecho se le asocia racionalmente una consecuencia jurídica.

⁶⁷ Quintero Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, .2000: 164.

⁶⁸ Caro John José. Ibid.: 335.

⁶⁹ Hassemer y Jakobs refieren por el contrario que “en caso de leyes que contemplan diversas penas, es posible y debido aplicar la nueva pena principal, si es más favorable que la de la ley anterior, y simultáneamente dejar sin aplicación la pena accesoria que acompaña a esa nueva pena principal, pues “debe partirse de que cada reacción penal tiene su propio peso y, especialmente en relación con las penas principales y accesorias, su propia definición de objetivos...”. Citados por Eser, Albin, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 25a Ed. Beck, München, 1997: § 2 num. 34.

No es aceptable, como se invoca en el Acuerdo, señalar que si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente- en el tiempo, resulte coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo. Esto porque la autorización se vincula a necesidades de **merecimiento de pena**, de justicia material o de proporcionalidad, pero que adquieren sentido, por la aplicación total de la norma más favorable.

Asimismo, la mención que se hace en el Acuerdo Plenario del **principio de necesidad de la intervención penal**, sólo puede atenderse si “las variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo” son aplicadas globalmente. Lo único que hace el juzgador al proceder de este modo, es recoger la nueva concepción jurídica del legislador, adecuando el nuevo régimen penal a favor del reo. En este caso, si es consecuente con la limitación en el ejercicio del poder punitivo realizada por el legislador.

En este sentido, el **combinar aspectos favorables de dos leyes penales implica redefinir las conductas punibles o sus consecuencias**; tarea en la que la ley tiene la reserva absoluta. Por ende, si como se sostiene en un Acuerdo Plenario de fecha posterior, **la voluntad de los jueces no puede ser equiparada a la voluntad de ley**⁷⁰, cómo puede admitirse que se desnaturalice ‘esta voluntad’ superponiendo dos manifestaciones volitivas de momentos y concepciones diferentes.

⁷⁰ Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, del 16.11.07.

5. CONCLUSIÓN

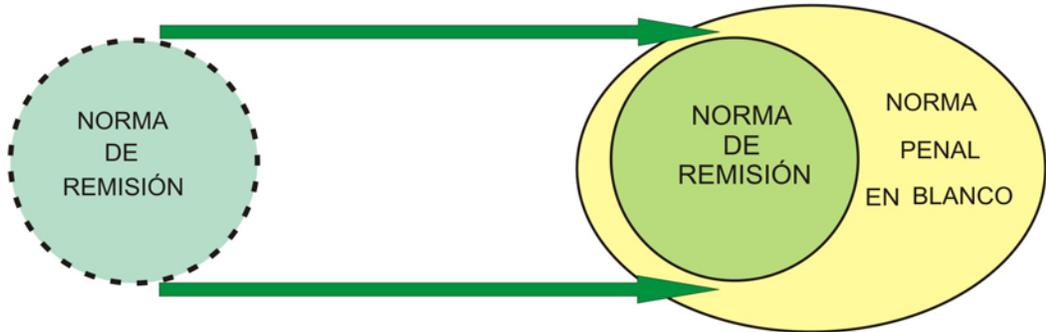
La **finalidad** perseguida por el **Acuerdo Plenario**, en mayoría, al consagrar el principio de combinación de leyes, es ciertamente **saludable**. Esta decisión se inscribe dentro de la tendencia a posicionar a la jurisprudencia, dándole sentido concreto a la ley, generando con ello predictibilidad y certeza en las decisiones judiciales.

Sin embargo, esta postura se debilita si no se definen previamente los criterios formales y materiales que debe guiar la toma de decisión, para asegurar su eficacia, su legitimidad secundaria y, sobre todo, su impacto en las demás instancias de la Magistratura.

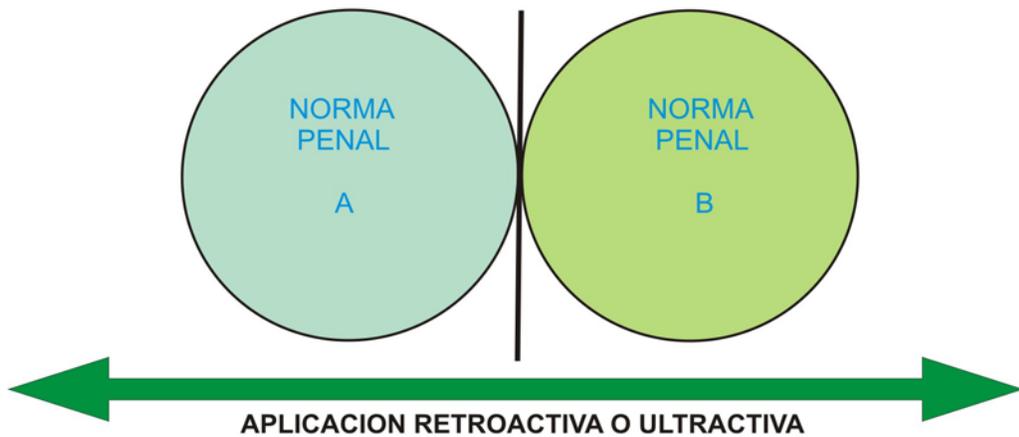
Consideramos que existen sobradas **razones dogmáticas y legales para exigir un replanteamiento sobre el tema abordado**. Al respecto, creemos que se han presentado argumentos históricos, gramaticales, comparados, lógicos, sistemáticos y teleológicos para asumir que las normas penales se deben aplicar en su totalidad, como una sola estructura, incluso si existe la voluntad de favorecer al reo.

Por lo demás, la **escasa aplicabilidad del principio** combinatorio no tiene la relevancia suficiente como para sacrificar otros principios que son fundamentales para un derecho penal eficaz y respetuoso de las garantías.

APLICACION DE UNA NORMA PENAL EN BLANCO



CONFLICTO TEMPORAL DE NORMAS PENALES



COMBINACION DE NORMAS PENALES



BIBLIOGRAFÍA

ANGELES GONZÁLES, FERNANDO - FRISANCHO APARICIO, MANUEL: Código Penal. Comentado, concordado y anotado, Ediciones Jurídicas; Lima 1996.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: Manual de Derecho Penal, Bogotá, Temis, 1996.

BRAMONT ARIAS - TORRES, LUIS: Lecciones de la Parte General y el Código Penal;ed. San Marcos; Lima 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: Derecho Penal. Parte General. Obras completas. Tomo I. Lima: ARA, 2004: 600

CARO JOHN, JOSÉ: ¿Combinación de leyes penales? En Anuario de Derecho Penal 2005; p. 335.

CASTILLO ALVA, JOSÉ: El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano. En Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal. www.unifr.ch.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: El principio de legalidad penal en clave constitucional; www.fcjs.urjc.es.

DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. En Revista de Ciencias Penales N°

ESER, ALBIN: en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 25a Ed. Beck, München, 1997..

HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª ed. Lima: Grijley, 2005.

MAURACH REINHART – ZIPF HEINZ: Derecho Penal Parte General; trad. 7ma ed. Astrea; Buenos Aires 1994.

MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Barcelona 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: Derecho penal. Parte General, 6ª. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PAREDES JELIÓ, JOSÉ: La predictibilidad jurídica y el precedente. Lima: San Marcos, 2008.

PRADO SALADARRIAGA, VÍCTOR: Todo sobre el código penal; t. II; Idemsa. Lima 1996.

SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON: Sobre la aplicación de la *lex tertia*; en Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema; Lima; Grijley 2008; ps. 463 – 482.

QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO: Manual de Derecho Penal. Parte General. 2a ed. Navarra: Aranzadi, 2000.

ROXIN , CLAUS: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: La Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. El ámbito Penal; en: Precedentes Vinculantes en Materia Penal. Lima: Reforma, 2008.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ: El principio de combinación en el nuevo Código Penal. En Revista Peruana de Ciencias Penales. Año I – Número I, 1993; p.257.

VILLA STEIN, JAVIER. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed. Lima: San Marcos, 2008.

VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Derecho Penal. Parte General. Grijley; Lima 2006

ZAFFARONI, EUGENIO: Manual de Derecho Penal. Ediciones Jurídicas; Buenos Aires 1990.