



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

CUANDO LA JUSTICIA EXIGE PREVARICAR

Luis Castillo-Córdova

Perú, marzo de 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2013). Cuando la justicia exige prevaricar. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (63), 249-258.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

CUANDO LA JUSTICIA EXIGE PREVARICAR

Luis Castillo Córdova*

I. INTRODUCCIÓN

El legislador penal peruano ha previsto el tipo penal de prevaricato en el artículo 418 del Código Penal; y lo ha hecho en los términos siguientes:

El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Aquí interesa tomar en cuenta la primera parte de esta disposición referida a una decisión del Juez o Fiscal “manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley”, para plantear la cuestión siguiente: ¿es posible justificar la existencia de textos claros y expresos en la ley relevantes para el quehacer jurídico? La respuesta que se da a esta cuestión interesará de modo relevante para plantear un entendimiento constitucionalmente correcto del delito de prevaricato.

II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: LAS NORMAS QUE SE CONCLUYEN DESDE TEXTOS EXPRESOS Y CLAROS

1. La interpretación jurídica

La interpretación jurídica significa la asignación de significados jurídicos a los significantes, conformados estos por los enunciados lingüísticos que componen una determinada prescripción jurídica¹. En este marco, se ha distinguido lo que es la disposición de lo que es la norma². La disposición (D) es la fórmula lingüística que conforma la prescripción; mientras que la norma (N) es el significado jurídico que el intérprete con capacidad de interpretación vinculante asigna a una disposición³. La fórmula lingüística por sí sola no tiene relevancia jurídica, sino que necesita que desde ella se formule razonablemente (no arbitrariamente) un significado jurídico, que será precisamente el que genere las consecuencias en la esfera jurídica de las personas y de las cosas. Así, los operadores jurídicos invocan y aplican normas jurídicas, es decir, disposiciones jurídicas interpretadas. No existe ninguna decisión jurídica formulada con base en textos no interpretados, aún interpretados con base en el criterio de interpretación literal.

Los textos, como dice el legislador penal, han de ser expresos y claros para que la decisión que lo contraría configure el delito de prevaricato. Una acepción de “expreso” que admite la Real Academia de la Lengua es la siguiente: “claro, patente, especificado”. Un texto será

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Piura.

¹ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa – UNAM, México 2008, ps. 3–6.

² GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

³ Aquí se toma la posición de considerar a la interpretación como una actividad creadora por parte del intérprete, señaladamente el Juez. Esta capacidad no puede ser ejercida arbitrariamente, sino que desde el significado de los textos normativos, razonablemente se construye un significado normativo tomando en consideración toda la normatividad vigente.



expreso, cuando el significante en el que consiste el texto, se ha manifestado sin duda en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición. Por su lado, una acepción de “claro” admitido por la Real Academia de la Lengua es esta: “evidente, cierto, manifiesto”. Un texto será claro cuando el significante expreso permite –siempre en un plano lingüístico– un significado “evidente, cierto, manifiesto”, es decir, un significado sobre el que no cabe ninguna duda en su formulación. Así, pues, el texto expreso y claro significará un significante expreso y un significado claro; es decir, un significante expresado sin duda, y un significado expresado sin duda.

En un plano lingüístico, pues, es posible admitir que existan enunciados expresos y significados claros de estos enunciados. Sin embargo, en un plano jurídico y con base en la diferenciación entre texto y norma formulada arriba, será preciso preguntarse si a todo significante lingüístico expreso que recibe un significado lingüístico claro, le sigue necesariamente un significado normativo equivalente al significado lingüístico expreso y claro. Para resolver esta pregunta conviene indagar por textos lingüísticamente expresos y claros, a fin de determinar el tipo de normas que se le asignan.

2. Casos de textos normativos expresos y claros

A. Un caso de texto constitucional

El tipo de texto expreso y claro es posible de encontrarlos tanto en el nivel constitucional como en el legal y el reglamentario. Empecemos por la Constitución. Un texto como el recogido en el artículo 142 de la Constitución, puede ser tenido como un texto expreso y claro según el significado manifestado antes. Así:

Artículo 142: No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

En un plano estrictamente lingüístico no hay duda de lo que se recoge en esta disposición: la prohibición de revisar las resoluciones del JNE en materia electoral; y la prohibición de revisar las resoluciones del CNM en materia de evaluación y ratificación de jueces.

B. Un caso de texto legal

Continuemos con la Ley. El artículo VI del Código Procesal Constitucional, puede ayudarnos. En el segundo párrafo de esta disposición se ha manifestado lo siguiente:

Artículo VI: “Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”.

También, dentro de un plano estrictamente lingüístico, no cabe duda que en esta transcrita disposición se impone una prohibición a los Jueces: les está prohibido inaplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Es, por esta ausencia de duda, un texto expreso y claro según lo definido anteriormente.

C. Un caso de texto reglamentario

Finalmente, y por citar una disposición infralegal, se hará referencia al artículo 16 del Decreto Supremo N.º 015–2008–JUS, Reglamento del Concurso Público de méritos para el ingreso a la función notarial, en el que se ha dispuesto que:

Artículo 16: Las etapas de la evaluación durante el Concurso Público de Méritos para el acceso a la función notarial son las siguientes:

- a) Calificación del currículum vitae.
- b) Examen escrito.
- c) Examen oral.

Los resultados de cada etapa de evaluación son eliminatorias e irrevisables.

También esta disposición es lingüísticamente expresa y clara: ninguna de las tres etapas en las que consiste el concurso, se podrá revisar los resultados.

3. Las normas que se desprende de los textos expresos y claros

A. Un caso de norma constitucional

Las disposiciones transcritas son tres ejemplos de textos expresos y claros, desde los que corresponde preguntarse si a ellos les siguen normas expresas y claras también. Veamos. En el caso de la disposición constitucional transcrita, es posible formular los dos significados siguientes:

Sa: Está prohibido revisar judicialmente cualquier resolución del JNE en materia electoral y cualquier resolución del CNM en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales aunque vulneren derechos fundamentales.

Sb: Está prohibido revisar judicialmente cualquier resolución del JNE en materia electoral y cualquier resolución del CNM en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales, siempre que no vulneren derechos fundamentales.

En la medida que son significados contrarios entre sí, la norma que se asigne a esta disposición se ha de formular con base en uno solo de esos significados. ¿Cuál de los dos significados permitirá formular la norma constitucional? ⁴ Desde estos dos significados, el intérprete se ha de decantar por Sb y ha de descartar Sa, porque éste significado va contra el principio de normatividad de la Constitución⁵. Como se sabe, desde este principio constitucional se concluye que no existen ámbitos ni poderes exentos de vinculación a la Constitución y, consecuentemente, de control constitucional⁶. Particularmente referido de los derechos fundamentales, este principio ordena que todas las actuaciones (positivas y

⁴ La formulada pregunta parte del hecho de que las interpretaciones que de la Constitución, la ley o los reglamentos pueda concluir un Juez, son pasibles de revisión constitucional. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El control constitucional sobre las interpretaciones que realizan los jueces”, en *Gaceta Constitucional*, en prensa.

⁵ Este principio se ha denominado como “*principio de fuerza normativa de la Constitución*”, y en referencia a él se ha manifestado que “la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”. EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, Fundamento 12.e.

⁶ Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares”. EXP. N.º 4053–2007–PHC/TC, Fundamento 14.



negativas) de los poderes públicos y de los particulares, han de conducirse según las exigencias de justicia que representan los derechos fundamentales⁷, expresos o implícitos⁸.

Consecuentemente, la norma que se concluye desde la disposición constitucional D142, se construye desde el significado Sb. Una tal norma puede expresarse en los términos siguientes:

N142: Está permitido revisar una decisión del JNE en materia electoral⁹ y del CNM en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales, si tales resoluciones vulneran derechos fundamentales¹⁰.

Si se compara esta norma N142 con el significado lingüístico de la disposición D142 de la Constitución, se concluirá que contiene algo más que el texto expreso de la disposición (la referencia a los fiscales, y la referencia a los derechos fundamentales); y que el significado normativo es contrario al significado textual (desde el texto se prohíbe algo que desde la norma se permite). De manera que es posible concluir que esta norma no se formula desde el texto expreso y claro de la disposición, sino desde contenidos tácitos y contrarios a esa disposición¹¹.

B. Un caso de norma legal

⁷ Una justificación de la vinculación de la justicia y los derechos fundamentales, en CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra 2007, ps. 27 a 63.

⁸ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, CARPIO MARCOS, Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3, 2000, ps. 3–25.

⁹ La revisión constitucional de las resoluciones del JNE en materia electoral cuando se vulnere derechos fundamentales, la tiene dispuesta el Tribunal Constitucional con claridad. Así, ha manifestado que “Qué duda cabe de que una interpretación literal y aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, concluirá en que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución en materia electoral expedida por el JNE, es inatacable jurisdiccionalmente; es decir, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona. Empero, el resultado de esta interpretación ¿es sustentable constitucionalmente? Son distintas las razones que permiten al Tribunal Constitucional sostener que tal interpretación resulta manifiestamente inconstitucional”. *Idem*, Fundamentos 17 y 18.

¹⁰ Como bien lo recuerda el Tribunal Constitucional, “en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido las razones que justifican su facultad para ejercer el control constitucional sobre las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura”. EXP. N.º 05334–2011–PA/TC, Fundamento 3. En esta misma línea, el Legislador que desarrolla el artículo 200 de la Constitución ha dispuesto que “no proceden los procesos constitucionales cuando (...) 7. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado”.

¹¹ Distinto habría sido el caso si la disposición D 142 hubiese expresamente establecido que

No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, aunque vulnerasen derechos fundamentales.

Este texto habría aceptado un único significado que habría coincidido con el significado lingüístico del texto, de modo que la norma correspondiente habría sido ésta:

Está prohibido revisar una decisión del JNE en materia electoral y del CNM en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales, aunque tales resoluciones vulnerasen derechos fundamentales.

Esta norma habría sido una norma constitucional formalmente porque habría estado recogida en la Constitución, y a la vez hubiese sido una norma inconstitucional materialmente, por contravenir la exigencia de justicia que significan los derechos humanos constitucionalizados. Sobre normas constitucionales inconstitucionales BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 65 y ss.

En el segundo caso, el de la disposición legal transcrita, es posible también concluir dos significados normativos:

Sa: Está prohibido al Juez inaplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, siempre y en todo caso¹².

Sb: Está prohibido al Juez inaplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, siempre que la inaplicación sea inconstitucional en el caso concreto¹³.

Desde un punto de vista jurídico, no es posible sostener la corrección normativa de Sa como sí es posible sostener la de Sb. En efecto, Sa exigiría aplicar siempre y en todo caso una norma confirmada en su constitucionalidad en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular al margen de la justicia de la decisión en el caso concreto. Lo que en común tienen estos dos procesos es que enjuician la constitucionalidad de una ley o de un reglamento siempre en un plano general y abstracto, de modo que la constitucionalidad es confirmada en términos generales, no en términos concretos. Esto significa que en materia de derechos fundamentales, en la medida que ellos significan manifestaciones de justicia que se desprenden desde y para la Persona, y en la medida que la justicia se define siempre en las coordenadas fácticas de un caso, una constitucionalidad o una justicia definida abstractamente, no siempre será una justicia que se cumpla en el caso concreto. De forma tal que una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en abstracto, puede suponer una inconstitucionalidad en el caso concreto.

Por esta razón, no puede prohibirse a un Juez, –que es el llamado constitucionalmente a decir el derecho, por tanto, a hacer la justicia, en el caso concreto–, a inaplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en abstracto, cuando está convencido que esa norma produce inconstitucionalidad –injusticia, por tanto– en el caso concreto que conoce. En este marco, jurídicamente se ha de descartar Sa y se ha de acoger Sb. De modo que desde la transcrita disposición DVI del Código Procesal Constitucional, es posible concluir la norma siguiente:

NVI: Está ordenado al Juez inaplicar una norma confirmada en su constitucionalidad en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, siempre que tal norma resulte inconstitucional en el caso concreto¹⁴.

De esta norma es posible decir lo mismo que se afirmó de la anterior: que su contenido jurídico no equivale al significado lingüísticamente expreso y claro del texto que le da origen.

¹² Otro modo de formular Sa es el siguiente:

Sa: Está ordenado al Juez aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, siempre y en todo caso.

¹³ Otro modo de formular Sb es el siguiente:

Sb: Está ordenado al Juez aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, siempre que la aplicación sea constitucional en el caso concreto.

¹⁴ Esta norma, en definitiva, es la que subyace en aquel criterio jurisprudencial por el cual el Tribunal Constitucional estableció que la ley que había creado el ITF, si bien había sido confirmada en su constitucionalidad abstracta, no lo había sido en la constitucionalidad concreta de cada caso, por lo que habilitaba al Juez a que inaplicase la ley si concluía que en un caso concreto el ITF resultase confiscatorio. EXPs. N.º 0004–2004–AI/TC, y otros acumulados, Fundamento 23.



Por el contrario, tiene como contenido la referencia a la inconstitucionalidad concreta, lo que respecto del texto es una referencia implícita; además de significar la norma algo contrario a lo que significó lingüísticamente el texto¹⁵.

C. Un caso de norma infralegal

Y finalmente, en el caso de la disposición reglamentaria transcrita, es posible concluir también dos significados:

Sa: No son revisables los resultados de las etapas de la evaluación del Concurso Público de Méritos para el acceso a la función notarial, siempre y en todo caso.

Sb: No son revisables los resultados de las etapas de la evaluación del Concurso Público de Méritos para el acceso a la función notarial, siempre que no vulneren derechos fundamentales.

Desde estas dos disposiciones, no es posible abrazar Sa porque planteada en esos términos prohíbe la revisión de todo resultado de cualquier etapa del concurso, incluso aunque el resultado vulnerase manifiestamente un derecho fundamental, e incluso cuando la revisión misma sea materialmente posible (por ejemplo, porque aún existe plaza) y no vulnerase ninguna posición jurídica ganada de ninguna persona (como puede ser la de una concursante que legítimamente sí ganó una de las plazas convocadas). La vinculación de todos los poderes (públicos y privados) a la Constitución y, consecuentemente, la vinculación a los derechos fundamentales, no permite aceptar la imposibilidad de revisión de un resultado de un concurso notarial cuando tal resultado es vulnerador de derechos fundamentales (como puede ser el debido proceso, en cualquiera de sus garantías formales, y en su garantía material de razonabilidad). De modo que la norma que se ha de atribuir a esta disposición se construye desde Sb, y puede ser formulada así:

N16: Está permitido revisar el resultado de alguna etapa del Concurso Público de Méritos para el acceso a la función notarial, cuando tal resultado vulnera algún derecho fundamental.

De N16 también es posible afirmar lo mismo que se afirmó de las dos normas anteriormente concluidas: que su contenido jurídico no equivale al significado lingüísticamente expreso y claro del texto que le da origen. Por el contrario, tiene como contenido algo que no estaba expreso en el texto: la referencia a los derechos fundamentales como exigencia de justicia y elemento de validez jurídica de las decisiones del Jurado en los concursos de acceso a la

¹⁵ Si, por el contrario, el texto hubiese sido formulado de la siguiente manera

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, aunque sea inconstitucional en el caso concreto.

Este texto habría aceptado un único significado que habría coincidido con su significado lingüístico, de modo que la norma correspondiente habría sido ésta:

Está prohibido a los Jueces inaplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, aunque sea inconstitucional en el caso concreto.

De haber sido este el caso, la única norma que era posible concluir de la disposición es inconstitucional, lo que hace que la disposición también lo sea. Esta inconstitucionalidad podría controlarse de modo abstracto a través de una acción de inconstitucional, o de modo concreto en un proceso judicial.

función notarial. Adicionalmente, el significado jurídico permite algo que el significado lingüístico prohíbe¹⁶.

III. TEXTOS EXPRESOS Y CLAROS INJUSTOS; Y NORMAS JUSTAS CONTRARIAS AL TEXTO EXPRESO Y CLARO

En cada uno de los tres ejemplos referidos con anterioridad, el significado normativo Sa tiene en común que se ha formulado desde la literalidad de un texto expreso y claro, no obstante, la norma que se le ha asignado a cada una de esas disposiciones se construye desde parámetros constitucionales, particularmente, desde parámetros de justicia formulados desde el contenido material de la Constitución que significan los derechos fundamentales. La norma que en cada caso se ha asignado a las disposiciones normativas, es contraria al texto expreso y claro de la disposición.

Así, mientras el texto expreso y claro de la disposición D154 prohibía la revisión de las resoluciones electorales del JNE y del CNM, la norma N154 permite tal revisión. De igual manera, mientras el texto legal DVI prohibía al Juez la inaplicación de una norma confirmada en su constitucionalidad, la norma NVI permite la inaplicación de la norma confirmada en su constitucionalidad. Y, finalmente, mientras la disposición D16 prohíbe la revisión de los resultados en un proceso de concurso de acceso a la función pública notarial, N16 permite tal revisión cuando el resultado agrada derechos fundamentales.

En todos estos casos, la aplicación de la disposición (del texto lingüísticamente expreso y claro) habría dado como consecuencia un resultado injusto. Si un Juez hubiese decidido formular la decisión que resuelve una controversia desde el texto lingüísticamente expreso y claro de la disposición, no habría hecho la justicia en el caso concreto. Por el contrario, y en la medida que las normas que se han concluido de las mencionadas disposiciones se formulan tomando en consideración parámetros de justicia constitucionaliza, una aplicación de la norma que contradice en cada caso el texto expreso y claro de la disposición, habría dado como resultado la decisión justa de una controversia.

Como se aprecia, no siempre un texto expreso y claro desde un punto de vista lingüístico, da como resultado una norma justa que se condiga con un tal texto. Hay casos, en los distintos niveles normativos (constitucional, legal y reglamentario), en los que la norma jurídica, es decir, la interpretación de un texto, es contraria al significado lingüístico que es posible determinar del texto expreso y claro, y siendo contraria se ajusta a la finalidad de todo texto jurídico y de toda actividad interpretativa: la justicia. Por lo que resulta preciso preguntarse por las razones que justifican que esto acontezca.

De modo general se ha de reconocer que el paradigma de interpretación jurídica ha cambiado sustancialmente con el paso del Estado legal de derecho hacia el Estado

¹⁶ Si la disposición D16 hubiese sido el siguiente: “Los resultados de cada etapa de evaluación son eliminatorias e irrevisables, aunque se vulneren derechos fundamentales”, entonces esta disposición habría dado lugar a una única norma:

Está prohibido revisar los resultados en un proceso de concurso de acceso a la función notarial, aunque se hayan vulnerado derechos fundamentales.

De haber sido este el caso, esta única norma reglamentaria habría sido inconstitucional y con ella la disposición correspondiente. Nuevamente, el control constitucional hubiese acontecido de modo general (a través de una acción de cumplimiento), o concretamente solicitando en un proceso judicial su inaplicación.



constitucional de derecho. Como se sabe, en el primero de los mencionados la fuente primera de juridicidad era la Ley, y aunque existía la Constitución esta no era tenida como normativa, no al menos plenamente, sino que se introducía en el mundo de lo jurídico a través de los mandatos legales que decidía la normatividad y alcance de los contenidos constitucionales. Por esta razón, en el Estado legal de derecho, la Constitución era norma en el marco de la Ley. Adicionalmente, el entendimiento de lo jurídico estaba fuerte y decididamente influenciado por un positivismo jurídico que creía firmemente en la voluntad del Legislador (Parlamentario y no Parlamentario) como creador del derecho y en que esa voluntad se reflejaba en un texto que conformaba un sistema normativo completo y perfecto. En un marco así, la voluntad del Legislador se manifestaba en un enunciado lingüístico que no permitía concluir ningún significado normativo que contrariase el texto normativo. Con base en estos presupuestos, los textos expuestos y claros no se interpretaban sino que se aplicaban, o dicho mejor, los textos expuestos y claros sólo aceptaban construir una norma con base en una interpretación literal.

La cuestión cambia, y mucho, con el Estado constitucional de derecho. La primera fuente de juridicidad ya no es la Ley sino la Constitución; y la Constitución es, ante todo, un conjunto de principios y valores plenamente normativos que significan concreciones de justicia que se formulan desde y para la Persona. Estos principios y valores conforman su contenido material y se recogen en los derechos fundamentales. La normatividad de la Constitución obliga a ajustar todos los textos de las decisiones de los poderes constituidos, principalmente de las decisiones del Poder legislativo, a los mandatos de la Constitución. Si no hay ajustamiento habrá invalidez jurídica. Estos mandatos de la Constitución, en su contenido material, son lingüísticamente genéricos y normativamente abiertos a las exigencias de justicia y moral. Estas exigencias se irradian a todos los centros de decisión de modo que conforman, positiva y negativamente, todas las decisiones que desde allí se adopten. Consecuentemente, tales exigencias de justicia siempre estarán presentes aunque el concreto texto de una decisión constitucional, legislativa o reglamentaria, no las exprese lingüísticamente e incluso exprese lo contrario a tales exigencias de justicia. Así, un texto legislativo aunque no haya lingüísticamente expresado una exigencia de justicia constitucionalizada (expresa o implícitamente), tal exigencia normativamente existe, para construir válidamente la norma que se ha de asignar a ese texto dispositivo, o para sancionar con invalidez jurídica a la única norma que se le puede asignar y que es contraria a tal exigencia de justicia.

Precisamente por esto, las técnicas de interpretación se redimensionan en el seno de un Estado constitucional de derecho, para trabajar ya no esencialmente con base en textos, sino para interpretar con base en exigencias de justicia constitucionalizadas. Ya no es la interpretación literal que apunta y se circunscribe al texto de la disposición, tampoco es la interpretación histórica que intenta averiguar la voluntad del legislador; sino que hoy de lo que se trata es de preguntarse por la naturaleza de las cosas para descubrir en ellas una finalidad a la que se han adecuar todos los medios, incluidos los normativos (legislativos y no legislativos), y particularmente preguntarse por la naturaleza humana¹⁷, y desde ella

¹⁷ La naturaleza humana ha sido empleada por el Tribunal Constitucional como referente jurídico para sus decisiones. Así, por ejemplo, cuando manifestó en relación al derecho a la propiedad que “en lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana”. EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, Fundamento 26.a. Sobre el derecho al trabajo tiene dicho que “la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: (...) – Vocación y exigencia de la naturaleza humana”. EXP. N.º 008–2005–PI/TC, 12 días del mes de agosto de 2005, Fundamento 18. Y en fin, por mencionar un criterio jurisprudencial más, tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano”. EXP. N.º 0489–2006–PHC/TC, Fundamento 11.

preguntarse por la Persona, su dignidad y sus derechos fundamentales (derechos humanos constitucionalizados)¹⁸.

Consecuentemente, interesa acudir a criterios de interpretación teleológica, y en esa construcción de las finalidades de justicia, interesa tomar en consideración no textos aislados sino textos contextualizados en el interior de un sistema (interpretación sistemática), para saber identificar a qué da derecho un derecho en el caso concreto, es decir, para saber decidir lo justo de cada quien en las concretas circunstancias (interpretación de concordancia práctica).

Estas exigencias hermenéuticas son incompatibles con la premisa de que el operador jurídico, señaladamente el Juez, deba emitir sus decisiones de acuerdo con el texto expreso y claro de la Constitución, de la Ley o del Reglamento. Aceptar lo contrario es aceptar que inexorablemente el Juez está condenado a construir la norma con base exclusivamente en el texto de la disposición cuando lingüísticamente este es expreso y claro, pero normativamente puede contravenir las exigencias de justicia que representan la Persona y sus derechos humanos. Consecuentemente supondrá negar al Juez aquello que da sentido a su posición y a su función: decir el *ius* (el derecho, lo justo) en las circunstancias del caso que le corresponde resolver. Y si desconocemos este elemento esencial, habremos liquidado al Juez como hacedor de la justicia en los casos concretos.

Lo decisivo no es, pues, los textos aun cuando lingüísticamente puedan ser expresos y claros. Lo que interesa y será decisivo para la validez jurídica de las decisiones que se adopten, es la corrección material y formal de las razones que justifiquen el significado normativo (la norma) que se atribuye al texto. Una norma que contradiga el texto de una disposición con base en razones correctas, no habrá incurrido en infracción jurídica, consecuentemente, no podrá ser pasible de reproche y sanción de ningún tipo. Por el contrario, este reproche se ha de reservar al menos para las dos situaciones siguientes. Primero, para cuando el Juez decide con base en una norma cuyo contenido es el significado lingüístico de una disposición que contraviene una exigencia de justicia; y segundo, para cuando el Juez decide con base en una norma que es contraria al texto de una disposición, sin que exista ninguna razón atendible para ello, decidiendo injustamente.

En uno y otro caso se trata de reprochar a quienes dan razones manifiestamente insostenibles para decidir injustamente en un caso. Consecuentemente, se trata de no reprochar a quienes con razones débiles o incorrectas deciden injustamente, porque lo contrario, y en referencia al Juez, significaría un atentado a la reconocida capacidad interpretativa y decisoria del Juez. No se puede sancionar al Juez por equivocarse en la formulación de unas razones que justifican un fallo, lo condenaríamos al silencio por temor al error, y con ello a la ausencia de solución pacífica de las controversias sociales. Tampoco se trata de reprochar, y menos de sancionar, a quienes con razones fuertes deciden justamente en un caso, aún cuando tales razones contravengan los textos de las disposiciones.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: CUANDO LA JUSTICIA EXIGE PREVARICAR

En este punto puede formularse la siguiente afirmación: en un Estado constitucional de derecho no cabe un tipo penal de delito de prevaricato como el dispuesto en el artículo 418

¹⁸ Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, “ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio–derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)”. EXP. N.º 0030–2005–PI/TC, Fundamento 48.



del Código penal peruano. Esta disposición penal puede llegar a constituirse como un instrumento malévolo, que dificulta cuando no impide la realización de la justicia, que es elemento esencial en la configuración de un sistema constitucional de derecho, y por esa razón ser tenida como una disposición inconstitucional. Esto ocurrirá si se sanciona penalmente la aplicación de normas justas al obligar al Juez a abrazar textos lingüísticamente expresos y claros y jurídicamente injustos.

Afortunadamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha habido pronunciamientos que permiten cierta esperanza a la hora de redefinir los elementos configuradores del tipo penal de prevaricato. En una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 28194, ley que creaba y regulaba el impuesto a las transacciones financieras (ITF), el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados”¹⁹.

Desde este pronunciamiento jurídico es posible concluir que el Tribunal Constitucional ha creado una regla jurídica (norma constitucional adscrita), que puede formularse en los siguientes términos deónticos:

N23: Está permitido a un Juez inaplicar la Ley 28194 cuando en el caso concreto el ITF resultase confiscatorio, a pesar de que ha sido confirmada la constitucionalidad general de la Ley.

Esta norma N23 del EXP. N.º 0004–2004–PI/TC es semejante a la norma NVI que antes se concluía desde el artículo VI del Código Procesal Constitucional. Consecuentemente se puede afirmar de ella lo que antes se afirmó de esta: que es manifiestamente contraria al texto expreso y claro del artículo VI del Código Procesal Constitucional. Un razonamiento exclusivamente desde el texto del artículo 418 del Código Penal, tendría que concluir que el Tribunal Constitucional ha prevaricado al formular el criterio jurisprudencial transcrito. Pero bien vistas las cosas el Tribunal Constitucional no ha incurrido en incorrección en este caso, porque ajustándose a la naturaleza de las cosas (para empezar a la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad), ha ordenado que la justicia ha de hacerse en el caso concreto de la aplicación de un determinado impuesto. La decisión de apartarse del texto del artículo VI del Código Procesal Constitucional, para hacer realidad el contenido material de la Constitución, está justificada plenamente por el valor justicia.

Y es que hoy en día lo proscrito no es ir manifiestamente contra los textos lingüísticamente expresos y claros de las disposiciones, sino que hoy en día está proscrito ir manifiestamente contra las normas ajustadas a las exigencias de justicia que se desprenden de los textos aún cuando contravengan su significado lingüístico expreso y claro. En la medida que el derecho es lo razonable como contraposición a la violencia ínsita en la arbitrariedad, al reproche sólo se podrá añadir una sanción cuando un operador jurídico (señaladamente un Juez) no ha

¹⁹ EXPs. N.º 0004–2004–AI/TC, y otros acumulados, Fundamento 23.

manifestado ninguna razón o ha expresado razones manifiestamente incorrectas para tener como injusta una norma justa o tener como justa una norma justa, y sobre ella resolver construir una decisión. De modo añadido, tanto el reproche como la eventual sanción deberán predicarse no sólo de las normas legales, sino –y acaso principalmente– de las normas constitucionales. De modo que lo proscrito sea decidir en contra de una norma constitucional (legal o reglamentaria) sin que exista ninguna razón, ni débil ni fuertemente atendible, para ello; es decir, sin que sea posible justificar el apartamiento de una norma justa, aunque ésta sea contraria al texto de la disposición.

Mientras exista vigente el artículo 418 del Código Penal, el Juez y Fiscal deben saber que su función es hacer la justicia efectiva en el caso concreto, y que si eso exige abrazar una norma que se formula en contra del texto lingüístico expreso y claro de la disposición, entonces, han de optar por cumplir el tipo penal de prevaricato para así abrazar la justicia. El Juez y Fiscal conscientes de la gravísima responsabilidad social que se le ha asignado, sólo abrazará la norma justa en contra del texto injusto, cuando sea posible formular razones fuertes para ello. Si las razones no existen o si son razones débiles, deberá saber formular la norma justa de cara al texto expreso y claro de la Ley para seguirla.

El Estado constitucional de derecho y las exigencias de justicia obliga a reformular tremendamente las condiciones que ha de cumplir el Juez y Fiscal. Más que nunca está exigido que el Juez y el Fiscal deban ser honestos y sepan derecho, particularmente el derecho constitucional. Los nuevos criterios de interpretación jurídica, las nuevas exigencias que obligan preferir los contenidos justos antes que las formas injustas, si se ponen en manos de Jueces y Fiscales corruptos o ignorantes, significará la pulverización de la Justicia como valor político y principio jurídico en la convivencia social de un Estado que se habrá convertido en un Estado de derecho solo formal.

