

# Control constitucional y convencional en la creación e interpretación del tipo penal en la jurisprudencia peruana

*Elmer Robles Blácido*

*Luis Robles Trejo*

*Félix Julca Guerrero*

## RESUMEN

El presente artículo analiza el control constitucional y convencional en la creación e interpretación del tipo penal en la jurisprudencia peruana. El legislador tiene como una de sus funciones principales legislar en materia penal. Esta función lo cumple atendiendo a las necesidades político criminales, que con frecuencia se presentan en el país. Pero no siempre, esta potestad constitucional que tiene el legislador, lo cumple a cabalidad. No se trata de incumplimiento de legislar; sino de su adecuación a la Constitución y las convenciones suscritas por el Perú. El método utilizado fue una revisión sistemática de la literatura especializada y el análisis jurídico correspondiente. Como resultado en el trabajo se advierte que, el control convencional y constitucional, no solo se suscita en el momento de la formación y promulgación de todos los elementos que compone el derecho penal material; sino también, en su aplicación práctica y concreta. Es decir, se da en el plano abstracto y concreto. Se toma postura que, el control convencional y constitucional sea una práctica constante, mas no circunstancial. El Estado democrático y constitucional, así lo exige, así como nuestra racionalidad de seres humanos, nos permite.

**Palabras clave:** Convención; Constitución; derecho penal; interpretación.

## ABSTRACT

This paper analyzes the constitutional and conventional control in the creation and interpretation of the criminal type in Peruvian jurisprudence. The legislator has as one of its main functions to legislate in criminal matters. It fulfills this function by attending to criminal political needs, which are frequently present in the country. But not always, this constitutional power that the legislator has, fully complies with it. It is not a matter of breach of legislation; but of its adaptation to the Constitution and the conventions signed by Peru. The method used was a systematic review of the specialized literature and the corresponding legal analysis. As a result, in the research, it is noted that the conventional and constitutional control not only arises at the time of the formation and promulgation of all the elements that make up the material criminal law; but also, in its practical and concrete application. That is, it occurs in the abstract and concrete plane. A position is taken that conventional and constitutional control is a constant practice, but not circumstantial. The democratic and constitutional State requires it, as well as our rationality as human beings, allows us.

**Keywords:** Convention; Constitution; criminal law; interpretation.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo sobre control constitucional y convencional en la creación e interpretación del tipo penal en la jurisprudencia peruana se expone un conjunto de ideas y presupuestos teóricos sobre el control convencional y constitucional en la creación e interpretación de los tipos penales en nuestra jurisprudencia. Se describe primero, lo que significa el control convencional y constitucional en abstracto; luego, se analiza dicho control en casos concretos, que los tribunales peruanos han tenido la oportunidad de pronunciarse y; finalmente, se exponen las conclusiones más importantes.

El desarrollo social y sus subsecuentes complejidades, han requerido soluciones o respuestas también adecuadas a cada contexto, a cada complejidad. Cuando surgieron los primeros estados, estos alegaron autonomía plena. Luego se habló de la “libre de determinación de los pueblos”; por ende, nadie podría intervenir en sus fueros internos. Aun

hoy, ensombrecido por asuntos electorales, se pregona que nadie puede entrometerse en asuntos internos de nuestro país (véase Julca y Nivin, 2020; Robles, Julca, Robles y Flores, 2015). Empero, el avance científico y tecnológico que se advierte hoy, ha permitido que las barreras infranqueables propios de pensamiento feudal, vayan cediendo paso a la universalización.

También ha jugado un rol trascendental en la superación de ideas autonomistas, las atrocidades de los gobernantes, grupos armados u otros; que con sus acciones han negado los derechos fundamentales. Estas acciones (como las dos guerras mundiales, por citar ejemplos más conocidos), demostraron el instinto animal de los hombres. Las guerras, no trajeron nada positivo; sino la negación del propio ser humano. Por ello, Reverte (2002) señala: “Hace tiempo que aprendí que en las guerras no hay valientes. Solo gente que sufre y gente que muere. Y todos ellos pierden: unos la dignidad y otros la vida” (p.178). Por su parte, Ferrajoli (2018), afirma:

Las luces y las conquistas se afirmaron por negación y rechazo de las sombras y de los horrores: como conquistas alcanzadas al precio de los terribles sufrimientos que con ellas se ha querido condenar y expulsar del futuro. Estas conquistas han sido esencialmente dos: la refundación del derecho a escala internacional y de la democracia en el plano estatal, generadas por las duras lecciones impartidas por las tragedias de las guerras mundiales y los totalitarismos. (p.12)

Los hechos trágicos, también obligaron a los estados a pensar en asuntos comunes a todos –a pesar de las diferencias inevitables-. Producto de ello, surgieron los tratados internacionales, especialmente sobre derechos humanos. Luego se fueron diversificando hacia asuntos puntuales, como derechos del niño, entre otros. Establecido las convenciones sobre derechos humanos y otros, el problema siguiente fue su aplicación o, materialización. Eso fue y sigue siendo el reto de las sociedades democráticas de hoy.

El problema, no solo es la aplicación de las convenciones; sino también su adecuación al marco constitucional de cada estado y, de las normas internas a las convenciones. Es decir, hay problemas aún por resolver y problemas que afrontar. De todo ello, deviene una obligación: la vinculación necesaria, estrecha e indispensable entre derecho penal y los

derechos fundamentales. Solo a partir de esta asunción, se puede aseverar que se vive en tiempos modernos, donde el poder no es absoluto, sino limitado.

## 1. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

### 1.1. CONTROL CONVENCIONAL

El control de convencionalidad es aceptado de forma o, de manera general; sin embargo, en estricto, aún hay reticencias o cuestionamientos de distinto tipo sobre ella. La aceptación de la idea de control de convencionalidad, es consecuencia, de la mayor interacción y dependencia de los estados en el mundo globalizado. También, es consecuencia, de las terribles experiencias que han denigrado la dignidad del ser humano, especialmente en la historia reciente, para no referirnos a toda la historia.

La crítica sobre el control de convencionalidad, no está dirigida a su importancia; sino principalmente, a su adecuación e interrelación con el derecho interno y, con la autonomía de los estados. A ello hay que añadir, la jurisprudencia no siempre uniforme de los tribunales, entre ellas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Villanueva, 2018). Pero ¿qué es el control de convencionalidad? Sobre ella, aún no existe un consenso, sino criterios y posturas; sin embargo, podemos señalar que:

....es una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en casa concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente. (Nash, 2013, p. 492)

Esta definición es la más general y abarcadora, pues permite dar una idea integral del control de convencionalidad. Entonces, el control convencional es la interpretación que se realiza a partir de las prescripciones contenidas en una convención, para resolver un caso concreto. Es la aplicación a un caso concreto, de las normas convencionales, como criterio de interpretación en su sentido lato y, no restringido, siempre que favorezca la protección de los derechos.

La idea de control de convencionalidad, nació en la jurisprudencia y, ha tenido un desarrollo paulatino y progresivo, en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, no surgió como consecuencia de elucubraciones en abstracto; sino a partir de la necesidad de resolver casos concretos, relacionadas a la defensa de los derechos fundamentales. Veamos esquemáticamente, este desarrollo:

Sentencias de la CIDH	Decisiones que Exponen
Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006).	Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” (párrafo 128).
Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010)	Amplió la sujeción de la obligación de ejercer el control de convencionalidad a los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (párrafo 225).
Caso Gelman vs. Uruguay (2011)	La Corte agregó que este mecanismo “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párrafo 239).

Fuente. Elaboración propia.

De la mirada objetiva que se tiene hoy sobre el control de convencionalidad, se puede inferir, que tiene aceptación. La discusión o polémica está relacionada a la interpretación sobre casos concretos. Para tener una idea cabal del control de convencionalidad, se han delimitado sus elementos, con la finalidad de evitar excesos o limitaciones que vayan a desnaturalizar la idea y concepto de esta. Al respecto, Castillo (2013) puntualiza:

A. se crea la obligación jurídica a los jueces de velar por la vigencia de la Convención inaplicando leyes que siendo constitucionales, la puedan contravenir; B. el parámetro de control no solo serán las disposiciones convencionales sino también las interpretaciones que de las mismas haya presentado la CIDH en su jurisprudencia; C. el objeto de control es referido como “las normas internas”, las cuales no solo se limitan a las leyes sino que abarca toda decisión normativa, incluso la Constitución misma. (p.10)

## 1.2. CONTROL CONSTITUCIONAL

La premisa del control constitucional radica en el reconocimiento *prima facie* de la Constitución, como norma suprema de un Estado. Sin este reconocimiento o asunción previa, no es posible fundamentar el control constitucional. Todas las normas, sin excepción, se someten a control constitucional. Es decir, no hay un espacio o criterio exento de control de constitucionalidad; siempre que se trate de una democracia constitucional, claro está.

Sobre el “constitucionalismo” existen diversas posturas e interpretaciones; sin embargo, el planteamiento de Ferrajoli (2011) es el más completo, quien, de manera sucinta, señala:

...el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia positiva de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad: ya sea la estadounidense y, más en general, americana, del control difuso, a través de la no aplicación de las leyes constitucionalmente inválidas, debida a la estructura federal de los Estados Unidos, o bien la europea del control concentrado, a través de su anulación, generada, en cambio, en el siglo pasado por el ‘nunca más’ formulado frente a la experiencia de los totalitarismos fascistas. (p. 19)

Pero, ¿qué es el control constitucional? Definitivamente, tampoco hay consenso al respecto. Incluso hay discusión sobre la denominación, su concepto y alcance (“constitucionalismo”, “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo principialista”, “constitucionalismo garantista”, etc.). Empero sí, hay acercamiento sobre la relación entre interpretación de la constitución con el control de la constitución. El control constitucional, es consecuencia de la interpretación de la constitución (Lopez, 2017).

Entonces, habrá control constitucional, cuando exista una norma –aunque (Guastini, 2011) diga disposición- y, esta requiera interpretación, bajo la égida de la constitución. Pero la interpretación, no se hace o realiza en abstracto, sino a partir de casos concretos y problemáticos, que requieren precisamente ser dilucidados. Al respecto, Ferrajoli (2009) analizando las garantías constitucionales negativas: primarias y secundarias, sobre el control constitucional, ha señalado que:

Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, en cambio, la garantía negativa secundaria de la rigidez, y consisten en la anulación o en la desaplicación de las normas legales contrarias a las normas constitucionales y que violan, por tanto, su garantía negativa primaria. (p.98)

El control constitucional, es pues, la adecuación de las disposiciones y normas a los parámetros de la constitución, por ende, también la creación e interpretación de las disposiciones del derecho penal material.

### 1.3. CONTROL CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL

El legislador, o mejor el poder legislativo, tiene la potestad de formalizar el tipo penal. Es más, esta potestad está prescrito en el Art. 102, inciso 1 de la Constitución. El tipo penal, es una descripción abstracta de la conducta prohibida. A través de ella, el legislador *ex ante*, determina y configura una conducta que se considera prohibida. Los tipos penales, al ser normas formalizadas por el legislador, no tienen *per se* eficacia indiscutible. En otros términos, no pueden estar exentos de control constitucional y convencional. No hay, en un estado constitucional, ámbito al margen del juicio de constitucionalidad y/o convencionalidad.

El legislador tiene libertad y potestad de crear los tipos penales, pues es su función principal. Pero esta potestad no es absoluta; sino por el contrario, relativa. Por ejemplo, debe asimilar racionalmente la realidad que lo circunda, para a partir de ella elaborar o reformular el tipo penal. El legislador no puede ser un simple vehículo de transmisión de las inquietudes sociales. Estas inquietudes son el inicio o el primer paso para elaborar o reformular el tipo penal.

Si bien, el legislador representa a un sector de la población; sin embargo, su mirada y trabajo, no se queda en el reclamo en la intuición del “pueblo”, sino como representante racional, tiene que encuadrar el tipo penal que pretende formalizar, al marco constitucional y convencional, además de otras exigencias secundarias. Solo así, habrá cumplido a plenitud la función que le encomienda la Constitución. Solo así, tendrá validez formal y

material su trabajo. Con mayor precisión, el supremo interprete de la Constitucional, aliviando esta potestad limitada del legislador, ha aseverado que:

...el poder del Legislador para configurar tipos penales no es absoluto, sino que debe respetar el marco constitucional. Por ello es que este Tribunal ha señalado que el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad, pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2012, p. F.J. 13).

Como se puede advertir, el tipo penal y todos los elementos conformantes de ella; como cualquier disposición, se someten al control constitucional y convencional.

#### **1.4. EL CONTROL CONVENCIONAL Y/O CONSTITUCIONAL, COMO LÍMITE AL PODER**

El Estado, tiene poder o el *ius puniendi*; sin embargo, esta no será absoluta debido a que se encuentra limitado por los derechos fundamentales; pero también por las propias circunstancias en la que se desenvuelve. En un estado democrático, el poder absoluto y sin límites, se convierte en un peligro. El Estado y la democracia, solo serán posibles cuando haya límites a todo. Solo los límites deben ser absolutos, más no el poder.

El poder sin límites es ajeno a los postulados democráticos. El poder puede y a veces corromper; pero el poder absoluto, corrompe absolutamente. Aquí, es donde radica la necesidad de limitar el poder. Dentro de ella, se encuentra por su puesto, la limitación a la potestad del legislador de crear los tipos penales. El modelo democrático, exige limitar el poder. Al respecto, Ferrajoli (2018) sostiene:

...se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados, políticos (o de las mayorías) y económicos (o del mercado), a nivel estatal y a nivel internacional- con el fin de cautelar, mediante la sujeción a la ley y, en especial, a los derechos fundamentales que en ella se establecen, tanto las esferas privadas contra los poderes públicos como la esfera pública contra los poderes privados. (p.23)

El propio Tribunal Constitucional, concordando con la idea de Ferrajoli, ha señalado que: “De otro lado, cabe señalar que no solo gozan de cobertura constitucional los derechos fundamentales y los principios limitadores de la potestad punitiva sino también aquello que el legislador pretende proteger a través del Derecho penal” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2012).

Pero, ¿De qué depende la bondad de las leyes y de las prohibiciones penales? Se preguntaba Ferrajoli (2001). Las respuestas, podrán ser y, de hecho, son variadas. Dependen de la concepción que cada uno o un grupo de personas tienen, respecto al problema que plantea el maestro florentino. Sin embargo, cuando se crean o reformulan los tipos penales, de facto se responde a la bondad y los fundamentos de las prohibiciones penales, aunque dicha justificación signifique discrepancias.

Si el legislador penal tiene libertad y función de dar leyes, por su puesto dentro de ellas, el tipo penal u otro elemento de la parte general del derecho penal material, también se encuentra limitada. Esta potestad no es, ni puede ser, absoluta. Si la democracia constitucional significa limitación al poder, entonces es lógico que el control convencional y constitucional, sean una forma de limitar ese poder del legislador en concreto. No se le quita el poder de legislar, pero se le exige adecuar su libertad a las exigencias convencionales y/o constitucionales.

### **1.5. LOS JUECES Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y/O CONVENCIONAL: ¿PODER ILIMITADO?**

El control convencional o constitucional es realizado por los jueces (sean constitucionales u ordinarios, en el caso peruano). A ellos, les corresponde la tarea de controlar vía control difuso, las prescripciones contenidas en un tipo penal en particular u otra del derecho penal material. Así, le corresponde al Juez constitucional, evaluar la constitucionalidad y/o convencionalidad de una disposición referida al derecho penal material. Si encuentra incongruencias, entonces, tiene el deber de declarar su inconstitucionalidad o inconvencionalidad.

El poder absoluto, no es compatible con los postulados de la democracia constitucional. Se ha argumentado que, con el control convencional o constitucional, lo que se limita

es el poder del legislador. ¿Pero también se justifica, la limitación del poder del Juez? La respuesta a esta pregunta, podría ser conflictiva; sin embargo, somos de la idea de que, sí en un estado democrático, no puede haber poderes o poderes constituidos, exentos de control y limitación. Se hace necesario, limitarlo formal y materialmente y, evitar así totalitarismos.

No se trata de contraponer y generar conflicto entre el legislador y el juez, sino de una necesaria complementariedad en un estado democrático. Por ello, el Tribunal Constitucional, ha señalado que:

A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando esta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2006).

Definitivamente, los jueces (aparte del legislador) son quienes realizan el control convencional y/o constitucional y, en ellos descansa, una gran tarea. Como dice Ferrajoli (ob. cit.), si bien se pasó del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes; también existe la posibilidad de caer en el gobierno solo y único de los jueces, que significaría volver al gobierno de los hombres.

## 2. MATERIALES Y MÉTODOS

El propósito de la investigación sobre el control constitucional y convencional en la creación e interpretación del tipo penal en la jurisprudencia peruana estuvo basado en una revisión sistemática de la literatura especializada entre artículos de investigación y sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, principalmente. La revisión sistemática es una forma de realizar un estudio académico-científico por medio de la búsqueda e inspección de publicaciones e investigaciones empíricas o teóricas originales en el campo científico (Julca y Nivin, 2019). Asimismo, Higgins & Green (2011) seña-

lan: “una revisión sistemática tiene como objetivo reunir toda la evidencia empírica que cumple unos criterios de elegibilidad previamente establecidos, con el fin de responder una pregunta específica de investigación” (p. 16).

En la presente revisión, se procedió primero, con la identificación y acopio de datos consistente en investigaciones empíricas y teóricas, así como documentales referidos a las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. En segunda instancia, el análisis cualitativo y la evaluación correspondiente del material recopilado, los cuales se presentan en la siguiente sección de resultados y discusión.

## 2. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### 2.1. CONTROL CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE LOS TIPOS PENALES EN LA JURISPRUDENCIA

#### 2.1.1. CONTROL CONVENCIONAL DE TIPOS PENALES

##### *1) Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0017-2011-PI/TC: Adecuación del tipo penal de colusión a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

Interpone la acción de inconstitucionalidad, el Fiscal de la Nación, contra la Ley N° 29703 (ley que modificó el delito de colusión), siendo el argumento lo siguiente:

...la disposición impugnada contraviene los artículos 3 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la corrupción, como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución. ...los referidos tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, señala que en la sentencia recaída en el expediente N° 019-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción en el sentido de que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”...los referidos tratados internacionales constituyen normas interpuestas del artículo 44 de la Constitución Política en tanto que hacen posible la efectividad del bienestar general a través de la sanción de los

actos de corrupción que podrían socavarla... las normas contenidas en los referidos tratados internacionales son normas interpuestas del artículo 43 de la Constitución Política, en la medida que establecen los parámetros generales de carácter internacional de determinación de los actos de corrupción que contravienen las reglas de un Estado Democrático de Derecho y por consiguiente lo ponen en peligro.

El Tribunal Constitucional, ante esta pretensión, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, bajo los siguientes argumentos:

a) ...estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger (fundamento jurídico 8).

b) ...cabe reiterar que lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible (fundamento jurídico 11).

c) ...Este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que: "...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación..." . ... A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que: "(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación", tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (*cf.* Exp.1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correc-

to desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. (fundamento jurídico 15)

d) ...Este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y nos los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para “Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado. (fundamento jurídico 29)

Como se puede advertir de los argumentos de la demanda y la sentencia del supremo interprete de la constitución; la modificación del tipo penal de colusión, no estaría acorde la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; por ende, se declara inconvencional. El argumento principal para esta decisión, radica en el control convencional que realizan los jueces constitucionales y, como encuentran, incongruencia con ella, lo declaran incompatible con la constitución y la convención. Esta es una muestra objetiva del control convencional que se somete al tipo penal de colusión, en este caso concreto. Es decir, la libertad del legislador no es absoluta; sino reglada y sometida a los parámetros de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

## ***2) Casación N° 09-2018 Junín: Interpretación del tipo penal acorde la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción***

Esta casación, tiene como hecho fáctico lo siguiente: José Severo Camacho Galván es condenado como autor del delito de colusión, en agravio del Estado-EPS Mantaro S. A. La defensa del condenado al interponer la casación, sostiene que hay interés casacional referido a la naturaleza jurídica del delito de colusión, es decir, se trata de un delito de mera actividad o de resultado. La defensa sostiene que el delito de colusión, es un delito de resultado, por ende, es necesario, una pericia contable para determinar el concreto perjuicio patrimonial.

La Corte Suprema, presenta el siguiente fundamento, para desestimar el recurso de casación:

La interpretación del mencionado tipo penal debe efectuarse conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que en el inciso 2 de su artículo 3 establece: “Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado” (fundamento jurídico 1.2).

A partir de lo expresado, vía control convencional; resulta válido afirmar que el término “defraudar al Estado” no tiene una connotación patrimonial; por ello, no es una exigencia objetiva de punibilidad para determinar la configuración del tipo la acreditación de un perjuicio material o económico contra el Estado”. (fundamento jurídico 1.3).

De esta casación, se puede concluir que el control de convencional del tipo penal, no solo se realiza en el lapso de su formulación; sino también en el ámbito de su interpretación, al momento de resolver casos concretos. Si bien en el ejercicio de su libertad de formular tipos penales, el legislador modificó el tipo penal de colusión; sin embargo, para entender “defraudar al Estado” se hace necesario adecuarlo a los parámetros de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. No se requiere entonces, ninguna modificación o reformulación del vocablo “defraudar al Estado” dentro del tipo penal; sino interpretarlo a la luz de la convención.

El problema a dilucidar es ¿qué se entiende por “defraudar al Estado”? *Prima facie* y desde una interpretación semántica, al parecer se trata de un delito de resultado; sin embargo, cuando la interpretación se realiza a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, se llega a una conclusión inevitable: es un delito de peligro y, no de resultado.

### 3) Casación N° 870-2019 Ayacucho

Se imputó a Adolfo Bonilla Jerí, Kely Quispe Auccapuclla y otros, ser autores del delito de negociación incompatible, en perjuicio del Estado. El Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Huamanga, condenó a todos por el delito

materia de acusación, siendo confirmado la condena por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

Ante ello, interponen recurso de casación, bajo los siguientes argumentos:

- a) Proponen desarrollo jurisprudencial sobre la determinación judicial de la pena, en relación con la aplicación de una circunstancia agravante por la condición del agente activo –artículo 46-A del Código Penal–, cuando esta ya se encuentra incluida en el tipo penal imputado.
- b) Desarrollo jurisprudencial sobre el conocimiento que debe tener un funcionario público en los procesos de contratación, por lo que “(se deben) fijar parámetros objetivos: i) para la determinación entre la obligatoriedad del conocimiento de las normas y la presunción de inocencia y ii) que sustenten la motivación de la sala cuando se aparta de acuerdos plenarios”.

La Corte Suprema, expone los siguientes argumentos, al analizar la pretensión de los casacionistas:

- a) En abstracto, es tarea de toda autoridad pública y, en concreto, del Poder Judicial realizar, de oficio, un control de convencionalidad de todos los enunciados normativos nacionales (constitucionales, legislativos, administrativos, etc.), de modo que se adecúen a: i) lo dispuesto en los tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos aplicables y ii) lo prescrito en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde también se consideran las opiniones consultivas y las medidas provisionales que emite esta Alta Corte (fundamento 8.5).
- b) No significa aplicar a ciegas los enunciados normativos del Sistema Interamericano o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desmedro del derecho nacional, en razón de que el derecho nacional y las normas del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se complementan. Si el ordenamiento jurídico interno otorga mayor o mejor protección de los derechos que la del propio Sistema Interamericano, es aquel el que debe primar, según también lo establece el artículo 29 del Pacto de San José, que prevé que ninguna disposición convencional puede limitar el

goce o ejercicio de los derechos o libertades reconocidos en el derecho nacional o interno (fundamento 8.6).

c) Las interpretaciones que realicen los operadores jurídicos nacionales y los jueces interamericanos deben orientarse por el principio de mayor protección y más amplia cobertura de los derechos fundamentales. De modo que las decisiones de un juez nacional o un juez interamericano alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mayor, mejor o más amplia protección de los derechos fundamentales interno (fundamento 8.7).

d) Si la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso concreto, es optimizada por los jueces del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, el grado de vinculación de aquella interpretación disminuye a efectos de incorporar la mejor, más amplia o mayor interpretación que objetivamente incorporó el juez u operador jurídico nacional interno (fundamento 8.8).

e) Estos ejercicios interpretativos y aplicativos del control de convencionalidad son aplicables a todas las normas e interpretaciones de las mismas que forman parte del bloque de convencionalidad (Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos). Además, se extienden a todos los tratados de derechos humanos que vinculan a nuestro país, dentro de los cuales se encuentran las normas e interpretaciones de las mismas que forman parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos (la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los Protocolos Adicionales; las Convenciones Internacionales; las decisiones de los Comités Especiales o Comités de Expertos encargados de interpretar estas Convenciones; etc.), los cuales resultan aplicables a nuestro país al amparo de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con la limitación prevista en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Como se puede inferir, la Sala Suprema pone como premisa la importancia del control de convencionalidad y constitucionalidad y, a partir de ella, procede a resolver los asuntos propuestos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Señala que el control de convencionalidad, no solo debe ser a petición de parte, sino también se puede y debe realizar de oficio. Lo más importante, es no perder de vista la optimización y defensa de los

derechos fundamentales. Así también, asevera que, en el proceso interpretativo, se debe incluir a todas las normas del bloque de convencionalidad. Sin ella, la interpretación y la solución que se dé, sería superficial.

***4) Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, Expediente 0006-2014-PI/TC. Adecuación al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional***

El Colegio de Notarios de Lima, presenta un proceso de inconstitucionalidad, contra el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 que textualmente, dice:

El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...).

El Supremo interpreta de la Constitución, declarar infundada la demanda, precisando algunos de estos argumentos:

a) La actividad punitiva consistente en el establecimiento de tipos penales que sancionan conductas materialmente peligrosas para los bienes jurídicos surgidos en el contexto de las sociedades actuales, a efectos de prevenir la lesión efectiva de estos, resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución (Fundamento jurídico 53).

b) La obligación de protección del bien o interés jurídico de estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero se deriva también de las disposiciones de los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, tales como:

- El artículo 18.1.b del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, ratificado mediante el Decreto Supremo 084-2001-RE.

- El artículo 7.1.a de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, ratificado mediante el Decreto Supremo 088- 2001-RE. (Fundamento jurídico 89)

Se trata de una norma interna, emanada del legislador, materializado a través del Decreto Legislativo 1106.

El Tribunal Constitucional, desestima la demanda, argumentando que la disposición cuestionada, se adecúa a las exigencias de Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. En este caso, el supremo intérprete de la Constitución, no solo analiza la disposición cuestionada en forma aislada y teniendo en cuenta el contexto donde se origina la misma; sino relacionándola a los convenios vigentes, donde nuestro país es parte. Pero también se resalta la obligatoriedad de la observancia de los convenios en el establecimiento de los tipos penales.

## 2.2. CONTROL CONSTITUCIONAL DE TIPOS PENALES

### *1) Recurso de Nulidad N° 1819-2017, Lima: Control difuso por trasgresión del principio de igualdad*

El recurso de nulidad se pronuncia sobre el siguiente hecho fáctico: Se imputa al condenado haber ingresado al local del perjudicado Zamora, premunido de un arma, para luego de encañonar al antes mencionado, lograr sustraerle la suma de cinco mil soles, para finalmente darse a la fuga en el acto. Ante la condena, se cuestiona que no se ha considerado la responsabilidad restringida, pues al momento de los hechos, el condenado tenía 18 años y tres meses de edad.

La Corte Suprema, presenta los siguientes argumentos concretos:

- a) El condenado a la fecha de comisión de los hechos, contaba con dieciocho años y dos meses de edad, lo que le permitía estar dentro del rango establecido en el primer párrafo, del artículo 22, del Código Penal (responsabilidad restringida).
- b) La inaplicación de esta prohibición se puede efectuar vía control difuso, cuya competencia es exclusiva de los jueces ordinarios. Así, tenemos una norma penal que niega la reducción de la pena a todo aquel que haya cometido, entre otros, el delito de robo agravado. Esta prohibición no alcanza a los delitos que no estén comprendidos en el segundo

párrafo del mencionado artículo 22 del Código Penal. En este contexto, se puede apreciar un trato distinto a los que cometan delitos que se encuentren fuera del alcance del segundo párrafo, del artículo antes mencionado, colisionando ello con el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú (Recurso de nulidad, 2018).

En este pronunciamiento de la Corte Suprema, se discute si, ¿puede aplicarse la responsabilidad restringida contenida en el artículo 22 del Código Penal cuando el imputado se encuentra inmerso en el delito de robo agravado? *Prima facie*, de una lectura literal del Art. 22 del Código Penal, la respuesta es negativa. El texto expreso, lo prohíbe. Sin embargo, la suprema corte, asevera que se violenta el derecho a la igualdad, por ende, debe tenerse en cuenta la responsabilidad restringida del agente, al momento de la determinación concreta de la pena.

En este caso, los magistrados de la Corte Suprema, realizan un control constitucional de la disposición y, concluyen que ésta contraviene la carta magna, por ende, inaplican la prohibición contenida en el segundo párrafo del Art.22 del Código Penal, vía control difuso.

## **2) Casación N° 668-2016 Ica. Control difuso por trasgresión del principio de igualdad**

El asunto cuestionado en la condena a Jerry Daniel Palomino Medina como coautor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa, Art. 188 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2 y 4 del artículo 189 y el artículo 16 del mismo cuerpo legal. El asunto cuestionado, como uno de los argumentos por el condenado, es la inaplicación vía control difuso del Art. 22 del Código Penal, al momento de la determinación de la pena.

La Corte Suprema, entre otros, esgrimió los siguientes fundamentos para declarar fundado la casación:

- a) El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 0048-2004-PI/TC ha señalado, con relación al derecho de igualdad ante la ley, que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio;

precisando que se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables; por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (fundamento 7.4).

b) El segundo párrafo, del Art. 22, del Código Penal, tiene como resultado un tratamiento que no resulta razonable porque se justifica en circunstancias relacionadas a la gravedad del hecho, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado (antijuricidad), cuando la reducción de la pena que ha previsto la norma se vincula con factores individuales concretos del agente, como el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad (culpabilidad) (fundamento 7.5).

c) La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en las Consultas N<sup>os</sup> 1260-2011-Junín y 210-2012-Cajamarca, determinó que la diferencia de trato impuesta por el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, no se encuentra justificada constitucionalmente (fundamento 7.6).

d) Existe una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que ha sido ampliamente acogida y está expresada en los Recursos de Nulidad Nos. 701-2014-Huancavelica, 1708-2014-Lima y 2584-2014-Lima, entre otros pronunciamientos (fundamento 7.7).

La suprema corte concuerda con los argumentos expuestos en el Recurso de Nulidad N<sup>o</sup> 1819-2017; es más, abunda en mayor argumentación. Concluye que, existe en el segundo párrafo, del Art. 22, del Código Penal; una diferenciación irrazonable y desproporcionada que, no se justifica desde el ámbito constitucional e incluso penal. Así, no se ha evaluado la antijuricidad y la culpabilidad en el caso concreto, por lo que declaran fundada la casación.

### ***3) Recurso de Nulidad N<sup>o</sup> 679-2020 Apurímac: Alegación del principio del interés superior del niño como causal de disminución de punibilidad***

Este es el hecho fáctico: Se acusa a Yon Eduardo Paniagua Mayhuire de 18 años y tres días de edad, haber mantenido relaciones sexuales con una menor de 13 años y diez

meses de edad, producto del cual ésta resultó en estado de gestación. En mérito a esta imputación, el acusado fue condenado a 20 años de pena privativa de la Libertad.

Frente a esta condena, interpone recurso de nulidad y, la Corte Suprema esgrime los siguientes argumentos, para rebajar la pena de cuatro años de pena suspendida:

- a) Según la versión de la propia víctima, las relaciones sexuales mantenidas fueron con su consentimiento. Luego de los hechos el acusado y la agraviada formaron una familia estable, producto del cual ya tienen dos hijos.
- b) La comisión del delito de violación sexual es una ofensa al bien jurídico tutelado por el Estado, sin embargo, la respuesta de parte de ente jurídico debe ser proporcional al suceso criminal.
- c) En cuanto a la medición de la pena, cabe señalar que se presenta la circunstancia atenuante privilegiada responsabilidad restringida (tenía 18 años y 3 días), carece de antecedentes penales, mantiene a su esposa e hijos y convive con ellos, son parte de una circunstancia social (pertenecen a la cultura andina), fueron enamorados en la época de la comisión de los hechos.
- d) También se contempla jurisprudencialmente la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño como causal de disminución de punibilidad suprallegal, cuando la pena privativa de libertad efectiva, que afecta la unidad familiar, reprime a quien lo mantiene y protege.

La pena es la consecuencia jurídica del delito. Para la determinación de la pena, se tiene en cuenta criterios, varios; las que se y, encuentran establecidos en los Arts. 45 y 46 del Código Penal. Pero la pena concreta, obedece al caso concreto. Surge como respuesta al caso particular y, de encontrarse responsabilidad se impone la pena que le corresponde.

En el recurso de nulidad N° 679-2020, precisamente se determina una pena suspendida, teniendo en cuenta no solo los parámetros establecidos en el Código Penal; sino esencialmente el principio de interés superior del niño. La pena que le correspondería al acusado, sería inmensamente superior a 4 años, teniendo en cuenta los hechos y el delito

cometido; sin embargo, atendiendo a las circunstancias especiales que se presentan, finalmente se determina una pena suspendida.

No debemos olvidar que, el principio de interés superior del niño, se encuentra reconocido en la Convención de los derechos del niño, suscrito además por el Perú.

## CONCLUSIONES

El control convencional y constitucional, es hoy aceptado por la comunidad jurídica, sin mucha oposición. La discrepancia que se presenta más es en su aplicación práctica en casos concretos.

El control convencional y constitucional, no solo se da en el proceso de formación y/o reformulación del tipo penal, sino también en el proceso de interpretación a partir de los casos concretos que ha tenido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

El control convencional y constitucional, en un estado determinado, debe realizarlo el Juez penal ordinario (control difuso, por ejemplo. Art. 138 de la Constitución); pero también el Tribunal Constitucional (vía proceso de inconstitucionalidad. Control concentrado. Art. 204 de la Constitución) y la instancia supranacional pertinente, si aparecen causas justificadas para ello.

El control convencional y constitucional en la jurisprudencia de los órganos ordinarios y constitucionales de nuestro país; no es común; sin embargo, están presentes en casos concretos, lo que nos permite inferir que su práctica se viene generalizando.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Castillo, L. (2013). Control de convencionalidad (control de constitucionalidad). *Pirhua*, 1-12.

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón - teoría y garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón-teoría y garantismo penal*. Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA*, 15-53.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitutionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista- filosofía crítica del derecho penal-*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.
- Guastini, R. (2011). *Disposicion Vs. Norma*. Lima: Palestra.
- Higgins, J., & Green, S. (2011). Manual Cochrane de revisiones sistemáticas de intervenciones. In *The Cochrane Collaboration* (Issue March). Recuperado de [https://es.cochrane.org/sites/es.cochrane.org/files/public/uploads/Manual\\_Cochrane\\_510\\_reduit.pdf](https://es.cochrane.org/sites/es.cochrane.org/files/public/uploads/Manual_Cochrane_510_reduit.pdf)
- Julca, F. y Nivin, L. (2019). *Redacción científica. Guía para escribir tesis y artículos*. Huaraz: Facultad de Derecho y Ciencias políticas, UNASAM.
- Julca, F. y Nivin, L. (2020). El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú: avances y desafíos. En F. Julca y U. Aniceto (eds.). *El derecho en el Perú: dilemas y prácticas jurídicas* (pp. 197-227). Huaraz: Colegio de Abogados de Áncash y Killa Editorial.
- Lopez, L. (2017). Control constitucional en el Peru. ¿Un modelo aún por armar? *VOX IURIS*, 73-97.
- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 489 al 509.

Recurso de nulidad, RN 1819-2017, Lima (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema 06 de Septiembre de 2018).

Reverte, J. (2002). *La noche detenida*. Barcelona: Plaza Janes.

Robles, L.; Julca, F.; Robles, E. y Flores, V. (2015). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano a la luz de la teoría de Ricargo Guastini. *Aporte Santiaguino* 8(2), 287-300.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 0030-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 02 de Febrero de 2006).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 0017-2011-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 03 de Mayo de 2012).

Villanueva, R. (2018). Activismo judicial y límites del derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *DOXA*, 152-169.