



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

Lima, nueve de junio
de dos mil veintiuno

VISTOS; y CONSIDERANDO:

I. OBJETO DE LA CONSULTA:

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por resolución número cinco, de fecha cinco de enero de dos mil veinte, por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, que aplicando el control constitucional difuso, inaplica el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el derecho al trabajo, vinculada a la dignidad de la persona humana en lo que corresponde al concepto amplio de libre desarrollo de la personalidad.

El fallo judicial aprueba el acuerdo de Terminación Anticipada arribado entre el representante del Ministerio Público, el Procurador Público, el imputado y su defensa técnica, y en consecuencia condena al procesado **Miguel Ángel Maylle Mallqui como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho activo en el ámbito de la función policial**, en agravio del Estado, previsto y penado en el primer párrafo del artículo 398-A del Código Penal, imponiéndosele tres años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, suspendida por el término de tres años, bajo reglas de conducta que se señalan, bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena, de conformidad con lo previsto por el artículo 59, numeral 3, del Código Penal, y se fija el monto de la reparación civil en la suma de S/. 1,000.00 (mil con 00/100 soles).



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA**

II. ANTECEDENTES:

SEGUNDO: Como antecedentes del proceso, tenemos que el procesado **Miguel Ángel Maylle Mallqui** con fecha tres de enero de dos mil veinte fue intervenido por el SOT2 José Luis Cárdenas Prado quien participando en el ejercicio de sus funciones, se percató que la unidad vehicular de placa A2E-750, conducida por el procesado, se encontraba a la altura de la cuadra siete de la avenida aviación, distrito de La Victoria, detenida sobre una línea demarcatoria (cruce peatonal) recogiendo pasajeros, lo cual constituye infracción de tránsito con código G-41, por lo que solicitó al conductor sus documentos personales. En dichas circunstancias **Miguel Ángel Maylle Mallqui** procede a entregar al SOT2 José Luis Cárdenas Prado su licencia de conducir y su tarjeta de identificación, y en medio de ellos, un billete de S/. 20.00. Estando a lo ocurrido, el SOT2 José Luis Cárdenas Prado le comunica al imputado que la acción constituye un delito, motivo por el cual procede a su detención por encontrarse en flagrancia. El procesado reconoce y admite los hechos imputados, así como acepta su responsabilidad penal, por lo que, al existir elementos de convicción respecto del actuar ilícito del imputado, y que no se registraron antecedentes penales, el Ministerio Público y el imputado acuerdan que el hecho punible se subsumió en el tipo penal contra la Administración Pública – Cohecho Activo en la función policial tipificado en el artículo 398-A, aplicándosele en sentencia de terminación anticipada una pena privativa de libertad de tres años y cuatro meses suspendida en su ejecución por el término de tres años, la cual es confirmada por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima; no obstante, la judicatura consideró que la imposición de la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir contemplado en el artículo 398-B del Código Penal, vulnera el derecho al trabajo como la resocialización del procesado ante la sociedad



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

vinculada a la dignidad de la persona humana en lo que corresponde al concepto amplio de libre desarrollo de la personalidad; por lo que considerando las circunstancias particulares del caso procedió a realizar el control difuso; y en consecuencia, inaplicar la norma legal citada.

III. SOBRE EL CONTROL DIFUSO:

TERCERO: El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: Control Difuso y Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

CUARTO: El segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado prescribe *“en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior”*. Como se puede apreciar, la norma constitucional encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, siendo además un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los poderes legislativo y ejecutivo, de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado concuerda con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso, cuyo texto



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

normativo es el siguiente: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*.

QUINTO: Por su parte, el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N.º 1109-2002-AA/T C, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: *“(…) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (…). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*¹. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que

¹ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N° 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.²

La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución Política. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etcétera³.

SEXTO: Asimismo, es relevante tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC, de fecha once de mayo de dos mil cinco, que establece parámetros en los que debe circunscribirse el ejercicio del control constitucional difuso, en el siguiente sentido:

“a) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes

² CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre 2004, p.29.

³ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, página 29.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

***b)** En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.*

*El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (*nemo iudex sine actor*).*

***c)** En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio (...).*

***d)** Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucional de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su 'cuidado' es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia 'especializada' (...).*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

Además, en la jurisprudencia antes citada se advierte que a su vez se fijan excepciones a las reglas o parámetros previamente establecidos, como sigue:

- (i) *“En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa. Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (CF. STC 0275-2005-PH/TC).*
- (ii) *En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, adviértase que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional. Así se sostuvo en las STC N°s. 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.*
- (iii) *Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N° 0014-2003-AI/TC y STC N° 0050-2004-AI/TC)”.

SÉTIMO: Esta Sala Suprema también se ha pronunciado sobre el ejercicio del control constitucional difuso, a través de la **Consulta N.° 1618-2016 - LIMA NORTE**, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituyen **doctrina jurisprudencial vinculante**, en el cual se precisó que: **“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.”** Y en el fundamento **2.5.** ha enfatizado las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: **“i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...) iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma;(…). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de**



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)."

Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia elevada en consulta.

IV. SOBRE LA SENTENCIA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA:

OCTAVO: En el presente caso, conforme lo señalado en los antecedentes de la presente resolución, se advierte que el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la resolución número cinco, de fecha cinco de enero de dos mil veinte, aprobó el acuerdo de terminación anticipada suscrito entre el Ministerio Público con el procesado **Miguel Ángel Maylle Mallqui** y su defensa, y en consecuencia, lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública-Cohecho Activo en el ámbito de la función policial imponiéndole una pena de tres años y cuatro meses privativa de libertad suspendida por tres años, inaplicando al caso en concreto lo dispuesto en el artículo 398-B del Código Penal respecto a la cancelación o inhabilitación permanente para la obtención de licencia de conducir, al considerar que es incompatible con el derecho al trabajo del sentenciado y a su resocialización ante la sociedad, vinculada a la dignidad de la persona humana en lo que corresponde al concepto amplio de libre desarrollo de la personalidad.

Sobre la inhabilitación, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria señaló lo siguiente: "23) *En ese sentido, esta judicatura advierte que aplicar el artículo 398-B al presente caso resulta sumamente gravosa y vulnera la dignidad de la persona que se encuentra amparada en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado. Debiendo entenderse por dignidad de la persona, la obligación del*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

respeto mínimo que se merece toda persona, concepto que se encontraría dentro del concepto de dignidad humana como principio constitucional. Esto implica que el poder público, al momento de legislar, gobernar, administrar, impartir justicia, entre otros; y la sociedad no pueden lesionar ni poner en riesgo la dignidad de las personas, debiendo hacer lo propio para defender la dignidad frente a daños o amenazas. La dignidad está vinculada al desarrollo pleno de una persona, promover y permitir que cada persona elija y realice su plan de vida, debiéndosele proporcionar las prestaciones necesarias, así como implementar los mecanismos y las que lo hagan posible. Por ello, se habla de la dignidad como principio-derecho (...).

24) Por otro lado, también debemos tener en cuenta, lo regulado en el inciso 15) del artículo 2 de la Constitución, la cual establece que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a Ley. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1124-2001 AA, fojas doce, señaló lo siguiente: “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de ese derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante resolver en la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”.

(...)

25) En el caso concreto, tenemos que el condenado Miguel Ángel Maylle Mallqui, en su condición de conductor, desde hace cuatro años, habría



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

entregado la suma de S/. 20.00 Nuevos soles al efectivo policial SOT2 José Luis Cárdenas Prado para efectos de que no le impongan la papeleta de tránsito por haberse detenido en el paso de zebra o cruceo peatonal, **manifestando reconocer el delito cometido y estar arrepentido de lo sucedido, habiendo colaborado con la intervención, además de señalar que no tiene antecedentes, habiendo solicitado en su oportunidad acogerse a la terminación anticipada.**

26) Estando a lo expuesto, considera esta judicatura imponer una inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir que contempla el artículo 398-B, **vulneraría el derecho al trabajo del sentenciado y a su resocialización ante la sociedad, vinculada a la dignidad de la persona humana en lo que corresponde al concepto amplio de libre desarrollo de la personalidad;** ello teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso que se elevan a consulta. Aplicar la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir se puede considerar una medida excesiva que afectaría los derechos fundamentales antes señalados y que tiene implicancia en su entorno familiar.” [el resaltado es agregado]

NOVENO: Tal como se señaló, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria inaplicó el artículo 398-B del Código Penal, siendo necesario para entrar en el análisis de la consulta realizada lo dispuesto por su texto normativo, así como los derechos y principios que de acuerdo a la judicatura entran en colisión con él.

En ese sentido, el texto normativo del artículo 398-B del Código Penal prescribe: “En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la policía nacional en ejercicio de sus funciones, siempre que estas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva según sea el caso, para obtener autorización para conducir de conformidad al inciso 7 del artículo 36”.

Del texto normativo se desprende que, ante los casos en los que se ha determinado responsabilidad por el delito de cohecho activo en la función policial consistente en quien da o promete a un miembro de la policía nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función judicial, corresponde la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir.

DÉCIMO: En cuanto al derecho al trabajo, en el artículo 2 numeral 15 de la Constitución se establece que “toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a Ley”, asimismo, en el artículo 22 se establece que: **“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”** [el resaltado es añadido]

Sobre el derecho constitucional a trabajar libremente recurrimos a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, órgano que en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, Fundamento 26.c, sostiene que: “La libertad de trabajo establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley (...)”.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

La jurisprudencia transcrita en sus partes pertinentes permite afirmar que la Constitución Política asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad, ya sea de carácter intelectual o física, con el propósito directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual, derecho que se amplía a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en la labor elegida.

Asimismo, debe considerarse que conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental, las normas relativas a los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú. En esa línea, el Tribunal Constitucional señala en el Expediente N° 661-2004-AA/TC que: “4. En tal sentido, el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. A su turno, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptúa en su artículo 7° literal b), ‘el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva’. 5. En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N°9733-2020
LIMA**

Por su parte, la doctrina sostiene que, en virtud a la libertad de trabajo, ni el Estado ni particular alguno podrá impedir u obligar a una persona a elegir y ejercer una actividad humana productiva⁴.

DÉCIMO PRIMERO: En lo referente a **la inhabilitación en materia penal**, cabe indicar en términos generales que ella puede ser conceptualizada como la privación de un derecho o la suspensión de su ejercicio, en virtud de la comisión de un hecho antijurídico que el ordenamiento jurídico califica como delito. En otras palabras, consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y/o civiles del condenado, de allí que se le ubique dentro del catálogo de las penas limitativas de derechos, junto a la prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, conforme se establece en el artículo 31 del Código Penal. Esta clase de pena puede ser de dos tipos: **principal y accesoria**. La primera se configura cuando es impuesta sin depender de ninguna otra pena, lo que evidencia su autonomía, siendo posible aplicarse en forma conjunta con una pena privativa de la libertad e inclusive la multa. Este tipo de inhabilitación está conminada expresamente en la norma que sanciona el respectivo injusto y su duración es limitada hasta por un máximo de diez años, con la excepción de ley (artículo 38 del Código Penal). En cambio, la inhabilitación es accesoria cuando no tiene existencia propia y solamente se aplica acompañada a una pena principal y se impone siempre que la acción que se juzga constituya violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho, y se extiende por igual tiempo que la pena principal (artículo 39 del Código Penal).

En uno y otro caso, como toda sanción, debe estar irradiada de garantías generales, de allí que a la inhabilitación también la rigen los **principios de**

⁴ QUIÑONES INFANTE, Sergio. La libertad de trabajo. Vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Colección Derecho PUCP. Monografías, 3. Palestra. Lima, 2007; página 68.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

legalidad, proporcionalidad, culpabilidad y lesividad. Asimismo, cabe precisar que la garantía de resocialización se postula como un principio que obedece a la naturaleza particular de la pena privativa de libertad, desde que tiene por objetivo evitar en la mayor medida posible los efectos negativos de la prisión en la persona y brindarle la posibilidad real de optar por un camino distinto al de la criminalidad.

Del texto del artículo 398-B del Código Penal se tiene que la inhabilitación allí regulada se constituye como una pena conjunta a la pena privativa de la libertad que aparece prevista en el artículo 398-A del mismo cuerpo legal, donde tal disposición, más que tipificar un delito, describe el procedimiento que ha de seguirse para efectivizar la inhabilitación concatenada a la pena privativa de la libertad que contiene el artículo 398-A del referido Código⁵. Asimismo, la lectura del artículo 398-B del Código Penal, cuya incompatibilidad se examina, al contener una norma que establece la incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, conlleva una sanción severa, dado que la inhabilitación es total o de por vida, configurándose, en principio, en una intervención pasible de ser cuestionada en virtud de los principios vinculados con los fines de la pena.

En ese escenario y considerando la motivación expuesta sobre el particular por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, se hace necesario determinar si dicha intervención es válida o justificada constitucionalmente, lo que va en línea con la estructura de análisis a cargo de esta Sala Suprema, encaminada a

⁵ **Artículo 398°-A del Código Penal.**

“El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omite actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA**

establecer si el control difuso ejercido por el precitado órgano de justicia ha sido válido o no, traducida en la motivación de la decisión judicial, determinando si dicha actuación está conforme a los fines de salvaguardar la hegemonía de la norma constitucional, sin que se vulnere la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, ni exista una actuación contra el ordenamiento jurídico y/o se utilice el control difuso para fines distintos a los autorizados. Para ello, los lineamientos a seguir serán los establecidos como doctrina jurisprudencial vinculante fijados en la Casación N° 1618-2016-Lima, como ya se había adelantado.

V. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL CASO CONCRETO:

DÉCIMO SEGUNDO: Considerando la tipificación del hecho como delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial en su modalidad dolosa, la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir contemplada en el artículo 398-B del Código Penal evidencia la privación y afectación del derecho a trabajar libremente y a la resocialización ante la sociedad, lo que impacta en la dignidad de la persona humana, premisas que se afirman en atención a las particulares circunstancias que presenta el caso en concreto; en ese sentido, la aplicación de dicha pena limitativa de derechos constituiría, en principio, una medida excesiva y desproporcionada que afectaría gravemente el entorno familiar y derechos constitucionales (derecho al trabajo, dignidad) del imputado **Miguel Ángel Maylle Mallqui**.

El examen acerca de si la intervención referida a la incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, que prevé la disposición penal inaplicada, puede considerarse como válida o justificada, requiere pasar por los filtros (reglas) que se establecen en la Casación N° 1618-2016-Lima, esto es, partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

inaplicada, realizar el juicio de relevancia, efectuar una labor interpretativa exhaustiva y aplicar el test de proporcionalidad:

i) Sobre la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad, esto es que se encuentra libre de vicios formales o materiales, cuyo contenido se vincule directamente con la optimización de los principios, valores y derechos que pretenden cautelar y proteger. Se aprecia que el aspecto formal del precitado texto legal se ve satisfecho, al observarse que su expedición se ha producido dentro del contexto contemplado en el ordenamiento constitucional, según se lee del texto normativo del artículo 102° de la Carta Magna, que contiene un conjunto de atribuciones que se le confiere al Congreso de la República, entre ellas, el de dar leyes (numeral 1). En lo concerniente a su aspecto material o de fondo, éste puede vincularse con la afectación a una norma sustantiva de la Constitución Política, por ejemplo, derechos fundamentales, garantías institucionales, principios constitucionales, prohibiciones, entre otros. La infracción material a la Constitución Política es única, esto es, la que deriva del hecho que la aplicación de una norma con rango de ley que afecte en el caso concreto una norma sustantiva del Texto Fundamental, que es precisamente lo que ha de verificarse en la presente consulta.

ii) El juicio de relevancia, que comprende el ejercicio del control difuso, significa que el órgano jurisdiccional tendrá que justificar y especificar en qué medida la solución del caso controvertido depende de la validez de la norma que se cuestiona, en cuya situación no es suficiente que la misma sea aplicable y relevante para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses que se conoce, sino que, además, la judicatura exponga en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del conflicto sometido a su conocimiento.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

Conforme a los hechos valorados por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, se tiene que la conducta de **Miguel Ángel Maylle Mallqui** se subsume en el tipo penal establecido en el artículo 398-A del Código Penal, motivo por el cual se cumplen las premisas dispuestas en el texto normativo del artículo 398-B respecto de la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, norma que, de acuerdo con los fundamentos señalados por la judicatura, entraría en colisión con los derechos fundamentales como el del trabajo vinculado a la dignidad de la persona y cuya inaplicación es materia de la presente consulta. Por tales consideraciones, la inaplicación realizada por el juzgado supera el juicio de relevancia.

iii) Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, esto es que el órgano de justicia, en este caso, haya agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad del artículo 398-B del Código Penal. Sobre el particular, si bien en la sentencia el juez no precisa taxativamente acerca de la interpretación constitucional del artículo inaplicado, sí se precisan las razones por las cuales la norma inaplicada, aplicable al caso en concreto al haberse tipificado el delito de cohecho activo en la función policial, colisiona con derechos fundamentales que impedirían el ejercicio del derecho a trabajar libremente, concluyéndose que no se admite otra posibilidad de interpretación constitucional de la misma en la medida que la aplicación de la inhabilitación definitiva generaría no solo la afectación del derecho al trabajo, sino también al libre desarrollo, bienestar y a la protección de la familia.

iv) Aplicación del Test de Proporcionalidad, el test de proporcionalidad constituye un instrumento metodológico que se emplea para medir si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental, dispuesto por la ley o por



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA**

alguna medida gubernamental, resulta compatible con la Constitución Política del Estado, con atención a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación del derecho involucrado. En el caso particular, el test de proporcionalidad está referido a una antítesis entre los principios y derechos constitucionales que subyacen tras la “inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir” regulada en el artículo 398-B del Código Penal, aplicable al imputado **Miguel Ángel Maylle Mallqui**, en relación con otros derechos, bienes e intereses que el Estado le otorga en su condición de agraviado.

El juicio o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no sólo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. A nivel dogmático Robert Alexy ha establecido una estructura de tres niveles para la aplicación del test de proporcionalidad. El eje del cual parte su teoría es la consideración de los derechos fundamentales como principios. En tanto principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales corre a cuenta de los subprincipios de idoneidad y necesidad, en tanto que el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, corresponde al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁶.

Estando a lo señalado anteriormente, la proporcionalidad se encuentra estructurada, a su vez, en tres subprincipios o niveles de evaluación: idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, los mismos que la doctrina nacional concibe como una estructura triádica, a saber:

⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición, CEC, páginas 92 y 93



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA**

idoneidad, necesidad y ponderación⁷. El análisis acerca de si la norma inaplicada supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es una labor que debe estar precedida de la identificación de los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención.

iv.1 Primer nivel de análisis: Subprincipio de idoneidad

El examen de idoneidad de la medida requiere de dos momentos: a) la identificación de un fin de relevancia constitucional; y, b) la determinación de si la medida es idónea o adecuada para lograrlo, esto es, la vinculación de los medios, la finalidad y el objetivo pretendido, donde las medidas se relacionan con fines constitucionales y a la par se persigue el logro de estados de cosas tangibles, de tal manera que se proscriben las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, coetáneamente, la vigencia o realización de algún otro principio o derecho.

En el caso que nos convoca se aprecia, en principio, que el examen abstracto del artículo 398-B del Código Penal tiene una finalidad constitucional, como es imposibilitar que el sentenciado reitere su conducta delictiva en la comisión del delito por el cual se le ha juzgado y sentenciado. Se observa, asimismo, que su examen en concreto también evidencia idoneidad, por cuanto al no autorizarse permanentemente la obtención de licencia para conducir, no sólo se impedirá la nueva comisión del tipo penal por el que se sentenció afectando gravemente la honorabilidad en la institución policial, sino que, también, se brindará mayor protección a la vida y seguridad, desde que el escenario que la norma penal

⁷ GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br>.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

requiere es el tránsito, donde interviene de modo determinante la seguridad vial y otros derechos colaterales; en ese sentido, en un contexto en que en el Perú se tiene el tercer lugar en el índice de la percepción de la corrupción a nivel de la región de América Latina⁸; la medida limitativa de derecho es lícita y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana, superando este primer nivel del juicio.

iv.2 Segundo nivel de análisis: Subprincipio de Necesidad

El examen de necesidad requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro, lo que permite advertir dos etapas: *primero*, establecer la existencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida (necesidad teleológica); y *segundo*, una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene (necesidad técnica)⁹.

En abstracto, se aprecia que la aplicación de la inhabilitación definitiva para obtener licencia de conducir deviene en necesaria, desde que no se aprecia la existencia de otras medidas alternativas menos lesivas que permitan concretar la finalidad pretendida con la medida limitativa de derecho, esto es impedir que se reincida en la comisión de este tipo de delitos, en el que están inmersos actos de corrupción (bajo la modalidad de cohecho) que pretenden pervertir a un miembro de la Policía Nacional del Perú en el ejercicio de sus funciones cuando correspondan al tránsito o seguridad vial; en esa perspectiva, la medida

⁸ Véase en Gestión: "Perú es el tercer país que se percibe como el más corrupto de América Latina, según Transparencia Internacional": <https://gestion.pe/peru/peru-es-el-tercer-pais-que-se-percibe-como-el-mas-corrupto-de-america-latina-segun-transparencia-internacional-noticia/>

⁹ <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf>.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA**

satisface este segundo juicio examinado, más aún si consideramos que la validez del artículo 398-B del Código Penal parte del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que lo faculta a dictar políticas públicas orientadas a cimentar el carácter preventivo del derecho penal, y a la lucha contra la corrupción, que es un mal que todos debemos combatir.

iv.3 Tercer nivel de análisis: Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

El examen de ponderación implica compulsar los derechos y principios que han entrado en conflicto, para determinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro, en el caso concreto. Es decir, en este juicio de ponderación corresponde determinar si el grado de afectación de los derechos constitucionales es menor en comparación con el grado de satisfacción del derecho o bienes constitucionales que se pretenden concretar con la medida legislada; en otras palabras, si en el caso particular resulta justificable la restricción de la incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, en beneficio de la satisfacción del derecho a trabajar libremente, entre otros derechos y principios afectados.

Para el presente caso, el balance del costo y beneficio que resulta de aplicar la medida limitativa de derechos guarda, en abstracto, un grado de intensidad de satisfacción mayor en contraste con el grado de intensidad de afectación del derecho a trabajar libremente, desde que si bien es razonable considerar que la pena de inhabilitación definitiva es lesiva, por su perpetuidad, en relación al derecho fundamental laboral aludido, ello no lo es tanto si atendemos que tal derecho puede verse satisfecho con otro tipo de actividades, distintas obviamente al oficio de conductor que, de acuerdo a los antecedentes del caso



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9733-2020
LIMA

penal, era el que desempeñaba **Miguel Ángel Maylle Mallqui** al momento de la comisión del delito juzgado.

No obstante, reiterando que el control difuso (*específicamente aquí el examen de ponderación*), debe realizarse en concreto, y verificando los elementos o circunstancias que lleven a determinar en el caso particular que la aplicación de la inhabilitación permanente podría ocasionar al sentenciado **Miguel Ángel Maylle Mallqui** una grave lesión a sus derechos fundamentales que han sido invocados, por ser desproporcional en lo objetivo, por lo que se abre la posibilidad de imponer una medida de inhabilitación temporal, desde que lo que ha dejado de aplicar el juzgador es la pena principal de inhabilitación definitiva que prevé la norma penal objeto del control, *sin establecer un tiempo de duración de la misma pena*, obviando el espíritu de la norma penal de inhabilitación principal prevista en el precitado precepto legal (*evitar la reiteración del ilícito, en este caso, con una inhabilitación por tiempo determinado*), en concordancia con el artículo 38 del Código Penal que la regula, tomando en consideración los hechos objetivos del asunto concreto informan que el procesado, a pesar de haber sido sentenciado, no cuenta con antecedentes penales ni alguna circunstancia agravada, además que la pena privativa de la libertad impuesta es de tres años y cuatro meses, suspendida por tres años.

DÉCIMO TERCERO: En consecuencia, la actuación del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, al preferir la norma constitucional a la ley ordinaria en la sentencia consultada, si bien es inicialmente correcta, lo ha sido no obstante sin realizar un desarrollo armónico del control constitucional ejercitado, desde que habiendo inaplicado la pena de inhabilitación definitiva, no ha fijado la duración de la pena de inhabilitación temporal que corresponde al caso particular, con



CONSULTA
EXPEDIENTE N°9733-2020
LIMA

atención a las circunstancias objetivas generadas en el proceso, y, por ello, no corresponde aprobarse la sentencia consultada.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia consultada emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, contenida en la resolución número cinco, de fecha cinco de enero de dos mil veinte, en el extremo que, realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2, numeral 15, de la Constitución Política del Estado; en el proceso penal seguido contra **Miguel Ángel Maylle Mallqui**, por el delito contra la Administración Pública, Cohecho Activo, en agravio del Estado Peruano; y los devolvieron. *Interviene como ponente el señor Juez Supremo Quispe Salsavilca.*

S.S.

QUISPE SALSAVILCA

YAYA ZUMAETA

YALÁN LEAL

HUERTA HERRERA

BUSTAMANTE ZEGARRA