



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°17112-2017**  
**LIMA**

Lima, veinticinco de setiembre  
de dos mil diecisiete.-

**VISTOS;** y **CONSIDERANDO:**

**I.- OBJETO DE LA CONSULTA:**

**PRIMERO.**- Es materia de consulta la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha veinte de marzo de dos mil diecisiete, copiada a fojas veintiuno, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado, **inaplica** al caso concreto **el artículo 398-B del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2 inciso 15 de la Constitución Política del Estado.**

**II.- ANTECEDENTES:**

**SEGUNDO.**- Como antecedentes del proceso, tenemos que se ha atribuido al imputado **Juan Carlos Rosales Hernández** el delito contra la Administración Pública – Cohecho Activo en el ámbito de la función policial, previsto y sancionado en el artículo 398-A, primer párrafo, del Código Penal, en agravio del Estado, debido a que, el día dos de marzo de dos mil diecisiete, aproximadamente a las nueve horas con veintidós minutos (09:22 h), por inmediaciones de la cuadra 50 de la Avenida Petit Thouars, la SO3 PNP Doris Melisa Melgarejo Fretel, de la Unidad Policial de Control de Tránsito de Lima Sur, constató que el vehículo de la Empresa de Transportes “El Carmen”, de placa de rodaje N° A5J-733, incurrió en infracción al Reglamento Nacional de Tránsito (recoger y dejar pasajeros fuera del paradero y ruta autorizados), por lo que procedió a su intervención, siendo identificado el conductor como el ahora imputado **Juan Carlos Rosales Hernández**, quien a solicitud de la autoridad policial, hizo entrega de sus documentos personales y los del vehículo,



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°17112-2017**  
**LIMA**

verificándose que dentro del Certificado de la Revisión Técnica se encontraba doblado un billete de veinte soles, dinero que, como ha referido el imputado, era para que la efectivo policial lo apoye y no le imponga la papeleta de infracción, por lo que, se procedió a su detención y traslado a la dependencia policial correspondiente. Ante tales hechos, mediante **Sentencia Anticipada** del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete (copiada a fojas uno), con motivo de la incoación de proceso inmediato, se presentó el acuerdo de Terminación Anticipada celebrado entre el Cuarto Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima y el imputado, el cual fue rechazado, basado en que la solicitud del representante del Ministerio Público sobre inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, en base a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debe ser interpretado como un control o evaluación de constitucionalidad del citado artículo, control difuso –artículos 51 y 138 de la Constitución, debiendo verificarse la incompatibilidad de dicha norma con algún precepto constitucional, en ese sentido considera que la sanción de cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, contenida en el numeral 7 del artículo 36 del Código Penal, no vulnera el derecho al trabajo del imputado Juan Carlos Rosales Hernández, consagrado en el artículo 2, numeral 15 de la Constitución, debiendo de entenderse el artículo cuestionado como una pena limitativa de derechos prevista en la ley, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal y al amparo del literal d) del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución, por lo que, la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, en el presente caso no es posible; no pudiendo, por ende, aprobar el acuerdo arribado por contravención del principio de legalidad. Así y no encontrándose de acuerdo con la resolución, el representante del Ministerio Público formuló recurso apelación (copiado a fojas siete), la misma que fue resuelta por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima, mediante la **sentencia de vista** consultada, obrante a fojas veintiuno, que declaró por mayoría nula la resolución apelada y declara inaplicable el artículo 398-B del Código Penal por



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°17112-2017**  
**LIMA**

incompatibilidad con el artículo 2, inciso 15 de la Constitución Política del Estado, es por ello que realiza control difuso e inaplica la norma legal citada.

**III.- CONTROL CONSTITUCIONAL:**

**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.**- Asimismo, el artículo 138, segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, pero además constituye 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 anteriormente 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<sup>1</sup> y que contiene el siguiente enunciado: "*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*".

---

<sup>1</sup> Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 17112-2017**  
**LIMA**

**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° 1109-2002-AA/TC, 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<sup>2</sup>. 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 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.<sup>3</sup>*”

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 17112-2017**  
**LIMA**

**SEXTO**.- Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016 LIMA NORTE**, 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, se ha fijado 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; y, (iv) dado que 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 necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto.”* Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal en la sentencia elevada en consulta.

**IV. VALORACIÓN:**

**SÉPTIMO**.- Como se advierte, la instancia de mérito vía control difuso ha inaplicado el dispositivo legal que contiene los supuestos de inhabilitación



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 17112-2017**  
**LIMA**

consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial; al considerar que es incompatible con el derecho fundamental al trabajo, al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, así como de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad –en cuanto a la pena- y de resocialización del penado. Por consiguiente, esta Sala Suprema procederá analizar si estas premisas normativas contenidas en el artículo 398-B del Código Penal, materia de control difuso, vulneran el derecho fundamental a trabajar libremente, con sujeción a ley, consagrado por el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

**OCTAVO.**- Para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo de la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, en el supuesto del artículo 398-A del Código Penal, contemplado en el artículo **398-B del Código Penal**. Siendo ello así, tenemos que dicha norma establece expresamente lo siguiente: “*En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones, siempre que estas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además de **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***”. (El resaltado es nuestro). Tal como se puede advertir, la norma penal establece inhabilitación expresa consistente en la cancelación definitiva para obtener autorización para conducir a los que se encuentren en los supuesto del artículo 398-A del citado cuerpo legal, esto es, a quien 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.



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 17112-2017**  
**LIMA**

**NOVENO.**- Es preciso mencionar, que en relación a los hechos que son materia de controversia, se aprecia de autos que el imputado Juan Carlos Rosales Hernández se somete a la terminación anticipada, esto es, reconoce los hechos imputados, realizados el dos de marzo de dos mil diecisiete. Advirtiéndose que, durante la secuela del proceso, el imputado demostró una conducta de abierta colaboración, coadyuvando con las investigaciones, expresando la voluntad de corregir su conducta y acreditando el resarcimiento de los daños ocasionados; se verifica además que el citado imputado no cuenta con antecedentes penales<sup>4</sup>; el cual constituye un elemento a tener en cuenta.

**DÉCIMO.**- En tal sentido, la inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir establecida en el artículo 398-B del Código Penal no hace más que vulnerar el derecho fundamental, de relevancia constitucional, a trabajar libremente – del inciso 15 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado-, así como el derecho al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados así como de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad –en cuanto a la pena- y de resocialización del penado, que proporciona evidencia respecto a la no inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir, establecida expresamente por la norma penal cuya inaplicación es materia de la sentencia, objeto de consulta. Entonces, en el presente caso, estando a 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 establecida en el artículo 398-B de la citada ley, priva y vulnera gravemente el derecho a trabajar libremente, y a su resocialización ante la sociedad, que tiene impacto en la dignidad de la persona humana; todo ello teniendo en cuenta las circunstancias particulares para este caso, por lo que de aplicarle dicha restricción de la inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir se puede considerar como una medida excesiva,

---

<sup>4</sup> Véase punto 11 de la sentencia anticipada copiada a fojas 5.





**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 17112-2017**  
**LIMA**

desproporcionada que afectaría también a su entorno más cercano y con grave afectación a sus derechos constitucionales.

**DÉCIMO PRIMERO.**- En tal sentido, se recurre a los métodos de interpretación constitucional, como el test de proporcionalidad, referido a una antinomia entre los principios y derechos constitucionales que subyacen tras la severa inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir prevista en el artículo 398-B del Código Penal, aplicable al imputado, y los derechos, bienes e intereses en torno al Estado como agraviado.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- Al respecto, el juicio de proporcionalidad o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no solo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. Éste, en términos de su principal expositor, no es más que la manifestación del principio de proporcionalidad (supra-principio rector del ordenamiento jurídico) y se descompone en tres partes<sup>5</sup>:

- a) Subprincipio de adecuación, por el cual se proscriben las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, a su vez, la vigencia o realización de algún otro.
- b) Subprincipio de necesidad, el cual 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.
- c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, por el cual se busca la optimización concreta de cada uno de los principios en conflicto, bajo la regla que reza “como alto sea el grado de

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, primera edición 2009, México, Porrúa, p. 8 .





**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 17112-2017**  
**LIMA**

incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”<sup>6</sup>.

En estricto, se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, dejando de aplicar, por considerar inconstitucional en el caso concreto, la norma penal, se justifica o no constitucionalmente. Veamos.

**a)** En relación al primer subprincipio, conocido también como *el de finalidad*, es preciso establecer si lo que se busca con la medida de inaplicación normativa, es lícito y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana.

Como se ha indicado líneas arriba, la sentencia consultada al inaplicar el artículo 398-B del Código Penal, pretende la protección al proyecto de vida del imputado, así como el derecho al libre desarrollo y bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados así como de los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad –en cuanto a la pena- y de resocialización del penado; asimismo busca la protección a trabajar libremente derivada de la dignidad de la persona humana respecto al acusado y la excesiva pena accesoria de inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir a imponerse por el delito cometido en caso de autos; este Colegiado considera que la búsqueda de protección de tales derechos, de rango constitucional, resultan válidos, que aunado a la protección del derecho a trabajar libremente y a la dignidad analizados precedentemente, se tiene por cumplido este sub principio de adecuación o finalidad.

**b)** Respecto al segundo subprincipio, conocido como *el de necesidad*, se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, al inaplicar la ley penal, era la única que permitía el logro de la finalidad –descrita líneas arriba-; es decir, el órgano jurisdiccional no tenía la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa que la adoptada para obtener la misma protección a los derechos fundamentales de la imputada. A la luz de lo expuesto en la sentencia materia de consulta y de lo actuado en autos, se

---

<sup>6</sup> Ídem, p. 9.



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°17112-2017**  
**LIMA**

advierde, que en este caso, dada la particular situación del imputada, esto es la ausencia de antecedentes penales, entre otros descritos en la sentencia consultada, el órgano jurisdiccional solo podía detener la gravosa aplicación de la pena accesoria prevista en la ley, inaplicando el artículo 398-B del Código Penal; entonces, no existiendo otra posibilidad, menos gravosa, que la adoptada por el Colegiado Superior, se cumple con este subprincipio.

**c)** En relación al tercer y último subprincipio, *de proporcionalidad en el sentido estricto*, se advierte que en este caso, los bienes protegidos por la decisión jurisdiccional -a trabajar libremente -, conforme se ha precisado líneas arriba, dan plena justificación a la inaplicación de la norma penal, solo en relación al artículo 398-B del Código Penal; la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción en protección de los mencionados derechos fundamentales del imputado- de la medida adoptada. De lo que se concluye que también se cumple con este subprincipio.

**DÉCIMO TERCERO.**- En ese sentido, tenemos que el artículo 398-B del Código Penal, al establecer la cancelación o incapacidad definitiva, para obtener autorización para conducir, afecta el derecho a trabajar libremente, así como el derecho al libre desarrollo, bienestar y a la protección de la familia, y otros vinculados, además colisiona con los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad y de resocialización del penado. Por lo que resulta, adecuado proporcional y esencialmente igualitario, la inaplicación de dicha norma en el presente caso.

**DÉCIMO CUARTO.**- Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma cuestionada no guarda compatibilidad con las normas constitucionales, la inaplicación del artículo 398-B del Código Penal, se encuentra arreglada al artículo 138 de la



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°17112-2017**  
**LIMA**

Constitución Política del Estado, por lo que se aprueba el control difuso efectuado en la sentencia consultada.

**V.- DECISIÓN:**

Por estas consideraciones, **APROBARON** la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veinte de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas veintiuno, en el extremo que, realizando el control difuso declaró **inaplicable** al caso el artículo 398-B del Código Penal; en el proceso seguido contra Juan Carlos Rosales Hernández, por el delito contra la Administración Pública, Cohecho Activo, en agravio del Estado Peruano; y *los devolvieron*. **Interviene como Juez Supremo Ponente el señor Bustamante Zegarra.-**  
**S.S.**

**WALDE JÁUREGUI**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**WONG ABAD**

**TOLEDO TORIBIO**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

*Toq/ky*